

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Mestrado

**LEGITIMIDADE E DISCURSIVIDADE: a vedação de provas ilícitas no  
processo penal revista pela hermenêutica constitucional**

**Ricardo Augusto de Araújo Teixeira**

Belo Horizonte  
2009

**Ricardo Augusto de Araújo Teixeira**

**LEGITIMIDADE E DISCURSIVIDADE: a vedação de provas ilícitas no processo penal revista pela hermenêutica constitucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky  
Co-orientadora: Flaviane de Magalhães Barros

Belo Horizonte  
2009

## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

T266l Teixeira, Ricardo Augusto de Araújo  
Legitimidade e discursividade: a vedação de provas ilícitas no processo penal revista pela hermenêutica constitucional / Ricardo Augusto de Araújo Teixeira. Belo Horizonte, 2009.  
142f.

Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky  
Co-orientadora: Flaviane de Magalhães Barros  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Prova ilícita. 2. Legitimidade. 3. Hermenêutica (Direito). 4. Análise linguística. 5. Processo penal. I. Yarochevsky, Leonardo Isaac. II. Barros, Flaviane de Magalhães. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

CDU: 343.14

**Ricardo Augusto de Araújo Teixeira**  
**LEGITIMIDADE E DISCURSIVIDADE: a vedação de provas ilícitas no processo penal**  
**revista pela hermenêutica constitucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Leonardo Isaac Yarochevsky (Orientador) – PUC Minas

---

Flaviane de Magalhães Barros (Co-orientadora) – PUC Minas

---

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior - PUC Minas

---

Leonardo Augusto Marinho Marques - PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 09 de Dezembro de 2009

## **AGRADECIMENTOS**

A meus pais, por viabilizarem este projeto.

Ao Professor Doutor Leonardo Isaac Yarochevsky, pela confiança desde o começo.

À Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros, por assumir uma responsabilidade que não lhe cabia, tornando-se essencial ao projeto.

Aos colegas de PPGD, em especial Camila Zanetti e Alexandre Lopes, pelo apoio, incentivo e bons momentos.

“I fear you speak upon the rack / Where men enforced do speak anything” - W. Shakespeare (The Merchant of Venice)

“A mind once stretched by a new idea never regains its original dimensions” - Oliver Wendell Holmes Jr

"A covardia coloca a questão: 'É seguro?' O comodismo coloca a questão: 'É popular?' A etiqueta coloca a questão: 'é elegante?' Mas a consciência coloca a questão, 'É correto?' E chega uma altura em que temos de tomar uma posição que não é segura, não é elegante, não é popular, mas o temos de fazer porque a nossa consciência nos diz que é essa a atitude correta." - Martin Luther King

## Resumo

O objeto de discussão desta dissertação é a legitimidade dos provimentos judiciais. Para dar o tratamento entendido como adequado ao tema, optou-se por problematizar uma questão específica – o uso de provas obtidas por meio ilícito no processo penal – para, a partir daí, discutir como deve se dar a legitimação das decisões judiciais. Tendo em vista o paradigma de Estado sobre o qual trabalhamos, entendemos que a resposta adequada ao problema posto só poderia ser alcançada se tomássemos em consideração o fato de que a hermenêutica filosófica pós giro linguístico precisa ser recebida, imediatamente, pela hermenêutica jurídica. Isto, pois as construções conceituais vindas daquele momento histórico inviabilizam a continuidade da teoria da interpretação jurídica dominante, cuja base filosófica se assenta em uma filosofia da consciência que não mais se sustenta. Assim, surgiu a pergunta central desta dissertação, qual seja, é possível haver legitimidade numa decisão resultado de um processo em que se admitiu o uso de provas obtidas por meio ilícito? Ou, de modo sintético, é possível haver decisão legítima a partir de provas ilícitas. A metodologia utilizada para responder a tal questionamento foi a de demonstrar a insustentabilidade das bases filosóficas da teoria da interpretação dominante, e, em seguida, apontar como as respostas que ela fornece ao problema das provas ilicitamente obtidas não podem mais ser aceitas. Superada esta fase, passamos a defender que uma hermenêutica jurídica reconstruída a partir das bases do giro linguístico fornece a melhor resposta possível no momento. E isso se dá, pois essa nova base filosófica permite que se trabalhe de forma muito mais satisfatória com as exigências impostas pelo paradigma de Estado Democrático de Direito, bem como com as exigências impostas pelo pluralismo social, valorativo e econômico que se nos apresenta.

Palavras-chave: provas ilícitas; legitimidade; hermenêutica jurídica; análise linguística; processo penal.

## **Abstract**

The object of this paper is the legitimacy of legal decisions. In order to give proper treatment to the theme, we chose to question a specific issue – the use of illegally obtained evidence in criminal procedure – for, from that point on, discuss how should we deal with the problem of rightfulness on judicial decisions. Considering the paradigm of State in which we're in, we understand that the due answer to the problem here discussed can only be achieved if we consider the fact that philosophical hermeneutics post linguistic turn has to be received, immediately, by legal hermeneutics. That is so, for that the conceptual constructions that come from that moment prevent the continuity of legal interpretation based on the philosophy of conscience, which cannot support itself any longer. Taking all this in concern, our main question is: is there any possibility of legitimacy in a decision that is the result of a judicial procedure in which illegally obtained evidence has been admitted? Or, in a more synthetic way, is it possible to have legitimacy in a procedure where illegally obtained evidence has been admitted? The methodology used to answer such question was to show how weak are now the philosophical foundations of the dominant legal hermeneutics, and, after that, point out how the answers provided by theory can no longer be accepted. Surpassed that phase, we begin to defend that a legal hermeneutic built from the linguistic turn base will provide a better answer nowadays. That is so because this new philosophical base allow us to deal in a more satisfactory way with the demands of the paradigm of democratic state of law, as well as with the demands of pluralism.

Key-words: illegally obtained evidence; legitimacy; legal hermeneutic; linguistic analysis; criminal procedure.

## LISTA DE ABREVIATURAS

Art. - Artigo

Min. - Ministro

Rel. - Relator

Org. - Organizador

v. - *versus*

## LISTA DE SIGLAS

CPP – Código de Processo Penal

DEA – *Drugs Enforcement Agency*

HC – *Habeas Corpus*

RHC – Recurso em *Habeas Corpus*

STF – Supremo Tribunal Federal

US – *United States*

## Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. DA GRÉCIA ARCAICA À TEORIA DISCURSIVA: O ITINERÁRIO DA DEMOCRACIA NA BUSCA DE LEGITIMIDADE.....	24
2.1. Breves delineamentos da ideia de democracia.....	24
2.2. Democracia: introdução histórica e crítica.....	25
2.2.1. <i>O modelo da Grécia Arcaica e seus ideais</i> .....	26
2.3. Democracia moderna: o modelo das Duas Revoluções.....	30
2.4. A questão da Liberdade.....	32
2.5. O princípio da maioria.....	35
2.6. A teoria discursiva da democracia.....	39
2.7. Por uma teoria efetivamente geral de processo.....	42
2.8. Síntese do pano de fundo institucional.....	44
3. FILTRAGEM CONSTITUCIONAL: UMA CONCEPÇÃO DISCURSIVA.....	46
3.1. Por um elemento central ao sistema jurídico.....	46
3.2. A Ideia de sistema constitucional.....	49
3.3. A força normativa e a Supremacia da Constituição.....	53
3.4. O cenário constitucional.....	56
4. A FUNDAMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO: ANÁLISE HERMENÊUTICA DA VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL.....	65
4.1. Introdução.....	65
4.2. A ‘Quarta Emenda’ e a Exclusionary Rule.....	66
4.3. A Regra da Inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro.....	71
4.4. O desenvolvimento do princípio da exclusão no Brasil.....	77
4.5. O filtro da teoria discursiva.....	78
5. COLHENDO OS FRUTOS DA ÁRVORE VENENOSA: FORMAÇÃO E USO DOS PRECEDENTES NO BRASIL E NOS EUA.....	83
5.1. Introdução.....	83
5.2. Força e Contextualização dos precedentes: exigências metodológicas e estruturais....	85
5.3. Estudo de caso: os frutos da árvore venenosa na Suprema Corte.....	90
5.4. Estudo de caso: os frutos da árvore venenosa no STF.....	98
5.5. Manejo inadequado: o risco da importação de institutos jurídicos.....	103
5.6. Crítica sobre a legitimidade do judiciário.....	107
6. A ADEQUAÇÃO DO INFLEXÍVEL: O PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO FILTRADO PELO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO.....	109
6.1. Introdução.....	109
6.2. Filtragem pelas peculiaridades do sistema: o senso de adequabilidade.....	114
6.3. Modelo Constitucional de Processo: instrumento de adequação.....	118
6.4. A garantia da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no contexto da Teoria Discursiva: interpretação adequada à realidade brasileira.....	121
7. CONCLUSÃO.....	129
8. REFERÊNCIAS.....	133

## 1. Introdução

O artigo 5º, LVI da Constituição brasileira de 1988 diz que não serão admitidas no processo provas obtidas por meio ilícito.

Tal dispositivo tem sido trabalhado na doutrina e na jurisprudência pátrias sob dois pontos de vista, quais sejam, o da interpretação literal/ gramatical nos casos de provas pró acusação, e o da ponderação de valores<sup>1</sup>, nos casos de provas da defesa.

O problema que se propõe neste trabalho é: tais alternativas são de fato as mais adequadas, tendo em vista o atual estado da hermenêutica e da teoria da argumentação jurídica, já que, a depender do paradigma filosófico adotado, é possível se chegar a resultados diversos dos que tem sido comumente utilizados, resultados talvez mais conformes, ou, que melhor concretizem a ideia de Estado Democrático de Direito? Em síntese: pode haver legitimidade na argumentação e na decisão penal que se fundamenta em provas obtidas por meio ilícito?

Para responder a este problema é necessário que passemos por níveis diferentes de tomada de decisão, das mais genéricas – referentes a processo legislativo e à democracia representativa em geral -, às mais específicas – como aquelas tomadas no processo jurisdicional comum.

Iremos nos valer de elaborações da Filosofia e da Filosofia do Direito; elaborações estas que têm entre si pontos de divergência e de convergência. Assim, sem perder de vista o alerta quanto ao perigo de recair num “sincretismo impróprio do emprego de teorias incompatíveis entre si” (SOUZA CRUZ, 2006, p.38), trabalharemos com as ideias de que o “elemento hermenêutico” (STRECK, 2008, p.15) deve ser sempre o primeiro passo na compreensão de qualquer texto, e de que a instituição de um espaço procedimentalizado de discussão é, atualmente, a melhor proposta para se garantir a legitimidade das decisões, especialmente em casos limítrofes<sup>2</sup>.

1 Na esteira da Lei de Colisão (ALEXY, 2008, p.94), o que será retomado adiante.

2 Embora a ideia de casos limítrofes, ou “casos difíceis” (DWORKIN, 2007, p.127) venha sendo objeto de diversas críticas (MATOS, 2006, s/p), entendemos que ela é, em algum sentido, verdadeira, e pode nos ser útil. Ora, se se admite que o horizonte histórico de fatos, atos e atores é sempre diferente, particular e complexo, não há como admitir que alguns casos não sejam mais complexos, e, portanto, de difícil solução do que outros, afinal, quanto maior a história, mais aspectos a serem considerados. Neste ponto divergimos parcialmente da relação entre direito e justiça em Habermas, pois entendemos que em casos particularmente complexos, argumentos de política são válidos para determinar que um caso seja analisado no processo judicial. Parece-nos necessário admitir, inclusive, que um argumento de política sirva para afastar uma

O que se pretende aqui é tão-somente ser mais uma voz no coro que vem propugnando pela incorporação dos pressupostos surgidos com a chamada “reviravolta linguístico-pragmática” (OLIVEIRA, 2006) pela hermenêutica jurídica.

Se limitarmos nossa análise inicial à produção nacional, poderemos observar que nos últimos anos uma série de autores têm produzido material, em relevante quantidade e qualidade, e seguem uma linha teórica bastante similar àquela que aqui adotamos<sup>3</sup>.

Todavia, ao contrário da impressão que se pode ter a partir dessas primeiras linhas, ser mais uma voz neste coro não é algo insignificante ou irrelevante. Parece-nos, em verdade, que é preciso buscar cada vez mais adeptos que contribuam para que essa mudança de paradigma hermenêutico chegue ao Direito.

E assim nos parece pois, apesar da quantidade e qualidade dos trabalhos dos referidos autores, a prática da atividade jurídica ainda é em larga medida regida pelos cânones tradicionais da interpretação jurídica, fundados no paradigma filosófico da relação sujeito-objeto<sup>4</sup>.

Desta forma, é preciso que mais pesquisa seja feita a fim de contribuir com essa mudança, e o modo de contribuição que parece ser mais útil neste momento é a produção que vise enfrentar questões difíceis da prática da atividade jurídica. E é isto que propomos neste trabalho.

Partindo da convicção de que toda produção acadêmica deve ter como objetivo principal contribuir para solucionar os problemas da sociedade em que vivemos, decidimos neste trabalho enfrentar a tormentosa questão da área penal que é lidar com provas obtidas por meios ilícitos no processo penal.

Desde já é preciso deixar claro por que afirmamos ser tormentosa tal questão. Para isso iremos neste momento traçar um quadro mais amplo do que aquele que normalmente se trabalha ao abordar este tema – que geralmente é abordado tão-somente a partir da literalidade

---

“norma *prima facie*” (ALEXY, 1993, p.98) que recairia sobre o juízo de admissibilidade de um determinado caso, permitindo assim que ele seja discutido com toda a profundidade que o processo penal (não sumariado) permite.

3 São exemplos de autores que têm produzido nessa linha Lenio Streck, Flaviane de Magalhães Barros, Rodolfo Viana Pereira, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Alexandre Morais da Rosa, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, José Adércio Leite Sampaio, entre outros.

4 Note a crítica quanto ao estudo da prova no processo: “Esta visão, típica de uma filosofia vinculada ao paradigma do objeto, embora tenha todos os seus pressupostos já superados pela filosofia moderna, ainda continua a guiar os estudos da maioria dos processualistas modernos. Não obstante todas as lições da moderna filosofia, combatendo duramente essa visão do conhecimento, o direito permanece recorrendo a esse paradigma para explicar sua função e o processo continua apoiando-se nessa vetusta ideia para legitimar sua função”. (MARINONI; ARENHART; 2008, p.253).

da norma contida no artigo 5º, LVI da Constituição brasileira, ou, no máximo, a partir da ideia de ponderação de valores.

O sistema de persecução penal é, em sua totalidade, mais complexo – pelo menos assim nos parece – que os demais, pois lida com princípios, valores e expectativas muito difíceis de serem harmonizados. Podemos dizer que há a expectativa de que o direito penal seja simultaneamente garantia do cidadão contra o Estado e instrumento do Estado no combate ao crime; há também expectativa de que o processo penal seja garantia do cidadão de que só será sancionado dentro do devido processo legal, e seja instrumento do Estado para uma persecução penal eficiente.

Outro motivo da complexidade, é a variedade de pontos de vista técnicos que existem quando o assunto é sistema de persecução penal/ segurança pública. Tendo em vista não ser possível separar com muita nitidez – nem mesmo para fins de estudo -, “persecução penal” e “segurança pública”, temos, no fim das contas, problemas sendo estudados por juristas, sociólogos, antropólogos, psicólogos, militares e até mesmo economistas, entre outras especialidades<sup>5</sup>.

Quando número tão elevado de ciências autônomas decide estudar o mesmo fenômeno, o resultado obtido é, invariavelmente, uma profusão de argumentos e questionamentos que dificilmente poderão ser harmonizados. Para não mencionar o fato de que frequentemente as limitações impostas pelo Direito são elas mesmas objeto de questionamento por parte de outras ciências, sob o argumento de que tais limitações mais prejudicariam do que contribuiriam para as soluções dos problemas relacionados à segurança pública e à persecução penal<sup>6</sup>.

5 Sobre essa complexidade, interessante é a elaboração de Luiz Eduardo Soares: “As instituições não são coisas, são rotinas, procedimentos, relações regulares, normas respeitadas no cotidiano de sociedades. Suspendendo-se as rotinas, deixam de existir. Evaporam. São efêmeras e voláteis. Expressam pactos sociais e os sustentam, representam-nos e os perpetuam. Cessando os pactos, cessam suas expressões. A anarquia não ocorre porque cada indivíduo que deseja ficar em casa imagina que os outros irão ao trabalho, o que o leva a imitá-los, para não se prejudicar. Como todos imaginam o mesmo, nenhum trabalhador fica em casa (a não ser quando realmente necessário) e a ordem não evapora. A ordem é a expectativa de ordem: todos imaginam que ela existe e, por isso, ela passa a existir mesmo, na prática. Mas quando ninguém acredita que haja ordem e segurança, quando todos têm medo, a debandada é geral, ninguém se entende e todos se tornam violentos para se protegerem da violência que esperam encontrar em cada esquina. A profecia da desordem se autocumprir e a insegurança se expande, com motivos cada vez mais concretos. Observe-se que *fato*, *emoção*, *interpretação* e *valor* são peças-chave para a formação das expectativas e, por isso, constituem também elementos estratégicos para as políticas de segurança. Portanto, não há política de segurança sem conexões estreitas com cultura e educação...”. (SOARES; BILL; ATHAYDE, 2005, p.187).

6 Exemplo disso foi a repercussão que houve na imprensa não especializada da decisão do Supremo Tribunal Federal de 12 de fevereiro de 2009 que assegurou aos litigantes em processo judicial o direito de não serem recolhidos à prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para os juristas, trata-se tão-somente da reafirmação do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, previsto de forma

Este trabalho não pretende, nem poderia, lidar com todos os argumentos trazidos à discussão do uso das provas ilícitas no processo penal, mas tão-somente com aqueles mais corriqueiros dentro do próprio Direito, quais sejam, o de que se deve ponderar os valores envolvidos quando estivermos lidando com provas que possam beneficiar o réu, e o de que devemos nos valer do método gramatical/ literal de interpretação do texto constitucional quando estivermos diante de provas obtidas por meio ilícito que possam favorecer a acusação.

Tal foco é uma questão metodológica. De outro modo, jamais concluiríamos este trabalho.

Todavia, este foco na argumentação jurídica não torna simples a tarefa a que nos propomos. E uma das razões pelas quais isso não acontece, é que pretendemos construir argumentos a partir do paradigma da filosofia da linguagem, que diverge do que tem sido utilizado por boa parte dos juristas para lidar com tal questão<sup>7</sup>.

Outro ponto que torna a tarefa complicada é que, embora esta discussão diga respeito tanto ao direito processual penal como ao próprio direito penal, a maioria das novas contribuições fica restrita ao direito processual, uma vez que o direito penal parece ter mais dificuldade em romper com suas tradições interpretativas, além de aparentar ter chegado a um ponto em que não consegue produzir inovações internas para responder aos seus próprios problemas, remetendo frequentemente as discussões penais para fora do próprio Direito.

Neste sentido afirma Leonardo Isaac Yarochevsky que “mais que uma questão puramente legal, a violência, a criminalidade e, conseqüentemente, a reincidência criminal constituem um problema social”. (YAROCHEWSKY, 2005, p.17). E continua:

Daí por que acreditar-se ser a melhor política criminal justamente aquela da substituição do Estado penal pelo Estado do bem-estar social, pois somente através de uma política social adequada, que favoreça a erradicação da pobreza, que torne a educação realmente um direito de todos, que não permita ser a saúde um privilégio de poucos, não propiciando que crianças morram de fome e, por fim, que o homem seja respeitado por aquilo que é, e não por aquilo que tem, somente assim torna-se verdadeiramente possível alcançar-se o patamar do tão proclamado Estado Democrático de Direito. (YAROCHEWSKY, 2005, p.18).

Como é possível apreender dessa passagem – irretocável do ponto de vista das

---

expressa na Constituição de 1988; para profissionais de outras áreas do saber, um “ponto a favor da criminalidade”, na expressão de Luiz Flávio Saporì, que ainda concluiu em seu blog “Segurança Pública e Cidadania” que “é desalentador constatar que o Judiciário brasileiro permanece encastelado, preocupado com filigranas jurídicas e ignorando a realidade de violência que atormenta nosso cotidiano.” (SAPORI, 2009).

7 E não entraremos aqui em detalhes sobre até onde vai a consciência dos juristas sobre estas questões referentes a paradigmas filosóficos. Tal análise iria inevitavelmente, parece-nos, recair nas críticas ao ensino jurídico feitas por Streck (1999).

constatações feitas -, o Direito Penal tem remetido<sup>8</sup> a solução de parte de seus questionamentos centrais para sistemas além do Direito<sup>9</sup>, o que geralmente é válido do ponto de vista argumentativo, mas, não nos parece a melhor solução para o problema específico que aqui propomos.

Se é verdade que o Direito Penal de base garantista parece ter chegado a um ponto em que encontra dificuldades para avançar, o mesmo não se pode dizer do Direito Processual Penal.

O direito processual, não apenas o processual penal, tem se apropriado de avanços vindos da Teoria do Direito e da Filosofia, abrindo horizontes consideráveis em suas bases teórico-institucionais.

O ponto que possibilitou essa evolução ou transformação contínua parece-nos ser o deslocamento do centro da teoria do processo para o “Contraditório”, na linha trazida a nós pela obra de Aroldo Plínio Gonçalves (2001), deixando de lado a teoria do processo centrada na ação e na jurisdição.

Essa afirmação parte de algumas constatações, a saber: a teoria dominante - teoria do processo como relação jurídica – encontra-se diante de obstáculos que para ela têm se mostrado insuperáveis, como a concepção de que uma teoria geral do processo teria que englobar também os processos legislativos e administrativos, e não só o processo judicial; ou a constatação de que num processo não há vínculo de exigibilidade entre as partes, mas apenas a questão dos ônus processuais.

Por outro lado, ao se conceber uma teoria do processo como procedimento em contraditório, em que o elemento central é a participação dos possíveis interessados/ afetados em contraditório, as principais críticas à teoria do processo como relação jurídica restam superadas<sup>10</sup>, e um leque de contribuições oriundas da Teoria do Direito se apresenta.

Tais contribuições da Teoria do Direito, ao que nos parece, são responsáveis também

---

8 Isso parece ocorrer em razão da equivocada percepção de alguns operadores de que o Direito Penal seria o principal instrumento de política criminal à disposição do Estado, o que nos parece, seguindo o pensamento de Leonardo Isaac Yarochewsky, não ser verdade. Daí que o Direito Penal deveria ser percebido como apenas um dos instrumentos de política criminal.

9 Em outra vertente, a moderna teoria do Direito Penal tem se desenvolvido no sentido de um Direito de Emergência, notadamente a partir do chamado “Movimento da Lei e da Ordem” (Dahrendorf), das “Velocidades do Direito Penal” (Silva Sanchez) e do Funcionalismo Extremado (Jakobs), que não se compatibilizam com a realidade sócio-institucional verificada no Brasil.

10 Não pretendemos também fazer uma análise da evolução da Teoria do Processo. Entre outros motivos, pelo fato de que isso já foi feito com mais qualidade do que poderíamos. Sobre este tema, cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**; e NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**.

pela maior penetração de contribuições vindas da Filosofia mesma, afinal, a abertura proporcionada pela ideia da participação dos possíveis interessados parece ser a responsável pela incorporação às discussões processuais de algumas contribuições relacionadas tanto à filosofia da linguagem, quanto à questão da legitimidade das decisões tomadas dentro do processo.

Iremos nos deter agora nestes dois tópicos – contribuições a partir da filosofia da linguagem e questões relacionadas à legitimidade das decisões –, pois eles são pontos fundamentais em nosso trabalho.

Podemos começar estabelecendo a importância que a questão da linguagem tem a partir do impacto que a chamada reviravolta linguística teve dentro da própria filosofia. Nesse sentido, afirma-se que

A reviravolta linguística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura linguística. (OLIVEIRA, 2006, p.13).

E continua dizendo que

É nesse sentido que K.-O. Apel vai dizer que a Filosofia Primeira não é mais a pesquisa a respeito da natureza ou das essências das coisas ou dos entes (ontologia), nem tampouco a reflexão sobre as representações ou conceitos da consciência ou da razão (teoria do conhecimento), mas a reflexão sobre a significação ou o sentido das expressões linguísticas (análise da linguagem). (OLIVEIRA, 2006, p.13).

Como se pode perceber destas colocações feitas por Manfredo Araújo Oliveira, o impacto decorrente da reviravolta linguístico-pragmática é grande demais para passar em branco pela prática da hermenêutica jurídica.

Para se demonstrar o que estamos chamando de “impacto”, iremos percorrer de forma breve as contribuições dos autores que nos parecem mais importantes nessa mudança de paradigma e também mais úteis a nossa proposta.

Heidegger tem um papel particularmente importante nesse movimento, ao trabalhar com a ideia de que a linguagem é constitutiva da realidade das coisas, e não um mero

instrumento.

Sobre a questão da linguagem ele afirmou:

O fato de a linguagem agora se tornar nosso tema pela primeira vez vai indicar que este fenômeno tem suas raízes na constituição existencial da abertura do “eis-aí-ser”<sup>11</sup>. A fundação ontológica-existencial da linguagem é o discurso ou a fala<sup>12</sup>. (HEIDEGGER, 2001, p.203). (Tradução nossa).

Percebe-se que o fenômeno da linguagem é compreendido, na filosofia de Heidegger, como aspecto exterior e constitutivo tanto do homem quanto das coisas. Exterior não no sentido tradicional de neutro em relação ao objeto, mas no sentido de elemento com características e particularidades em relação àquilo de que se fala. É constitutivo por integrar aquilo que se busca expressar, em razão das palavras carregarem elas mesmas conteúdos diversos daqueles do objeto a que se referem.

Tanto é assim que há em Heidegger toda uma crítica ao uso “neutro” da linguagem, algo que reflete a incapacidade do ser humano de lidar com a complexidade que seria adicionada à sua vivência pela percepção da linguagem como algo dotado de valor e significado próprios.

O problema de nossa epocalidade não é ter descoberto a linguagem como informação, mas, antes, ter absolutizado a dimensão instrumental da linguagem humana: linguagem se reduz a um puro instrumento por meio do qual se entra em contato com os outros. Já que ela é puro instrumento, o ideal é tornar esse instrumental o menos complicado possível e de fácil utilização. (OLIVEIRA, 2006, p.204).

Segue a partir daí uma crítica direcionada ao emprego de tecnicismos, simplificações e abreviaturas. A simplificação da concepção da linguagem, ao que nos parece a partir da crítica heideggeriana, implica na diminuição da possibilidade do ser humano de compreender a complexidade de sua própria existência, por consequência, dos eventos em seu redor.

Tal consequência nos parece agora clara, já que se o “eis-aí-ser” só se completa e exterioriza plenamente na linguagem, a sua simplificação implicará na simplificação do

---

11 O termo utilizado por Heidegger é *Dasein*, e geralmente é traduzido por “ser-aí”, ou simplesmente por “presença”. Todavia, optamos aqui pelo termo “eis-aí-ser”, conforme utilizado por Manfredo Araújo de Oliveira, para manter a coerência tanto do que for tradução nossa mesmo quanto do que for citação.

12 Na versão de origem: “The fact that language now becomes our theme for the first time will indicate that this phenomenon has its roots in the existential constitution of *Dasein*’s disclosedness. The existential-ontological foundation of language is discourse or talk”.

próprio homem e/ ou sua existência. Dito de outro modo, se o “eis-aí-ser” é constante possibilidade de “vir-a-ser”, e se tal possibilidade só acontece na linguagem, uma concepção simplificada da linguagem é limitadora das referidas possibilidades.

Outro linha que nos parece relevante neste momento é a de Ludwig Wittgenstein, notadamente na segunda fase de seu pensamento.

Na fase geralmente referida por “segundo Wittgenstein”, ele faz uma crítica à teoria objetivista da linguagem, e rompe inclusive com suas concepções mostradas no *Tractatus* (obra central da primeira fase de seu pensamento).

A nova concepção que Wittgenstein tem da linguagem parte da constatação de que a teoria descritiva é reducionista, pois limita a linguagem a apenas uma de suas várias possíveis utilidades. Como explicam Giovanni Reale e Dario Antiseri:

Os “jogos de linguagem” não são introduzidos com o objetivo de “futura regulamentação da linguagem”, mas como funções linguísticas alternativas que, através de “semelhanças e dessemelhanças”, descrevem e mostram o uso das palavras em uma forma de vida, em contexto de instituições e comportamentos humanos. (REALE; ANTISERI, 1991, p.665).

A nova concepção tem como elementos centrais os chamados jogos linguísticos, expressão que designa a complexidade do que é possível fazer utilizando a linguagem. Ele não dispensa a teoria da designação, mas a complementa. Na síntese de Manfredo Araújo de Oliveira, “o conceito de jogos de linguagem pretende acentuar que, nos diferentes contextos, seguem-se diferentes regras, podendo-se, a partir daí, determinar o sentido das expressões linguísticas”. (OLIVEIRA, 2006, p.139).

Em resumo, vamos aqui nos apropriar da ideia de que o fundamental aspecto da linguagem é seu uso, sua contextualização. Tal ideia nos parece um apoio essencial à proposta que fazemos neste trabalho, pois ela possibilita romper com interpretações legalistas dadas para o texto do inciso LVI do artigo 5º da Constituição, interpretações estas que esquecem dos aspectos historicidade<sup>13</sup> e contextualização, e se valem de interpretação meramente literal.

Por fim, tomamos também como de grande utilidade alguns elementos da hermenêutica de Hans-Georg Gadamer.

A ideia de Gadamer da qual nos apropriaremos de modo mais contundente é a de que o ato de interpretação não se dá por etapas, de modo que não é possível reproduzir o “sentido da

---

<sup>13</sup> Por vezes o aspeto histórico até é considerado, mas forma unilateral.

lei” a partir de cânones interpretativos.

Para Gadamer “todo ato de interpretação é um *applicatio*” (STRECK, 1999, p.54), o que nos transmite a ideia de que não há que se falar em interpretação sem contexto, ou, não há que se pensar em pré-interpretação de textos normativos, a fim de simplificar a atividade judicial que, no momento do julgar, poderia optar por uma interpretação pré-existente ao caso em julgamento.

O modelo de pré-interpretação descrito tem sido bastante utilizado e difundido no Brasil, sob o argumento da necessidade de tornar o processo judicial mais célere, ainda que em prejuízo de outras considerações que, no mínimo, teriam a mesma importância da celeridade. Por trás da tese da celeridade, parece haver também um certo receio daquilo que os magistrados das instâncias inferiores poderiam fazer se lhes fosse dado todo o poder de decisão que *a priori* eles possuem<sup>14</sup>.

Retomando nosso argumento principal, partindo de Gadamer pode-se afirmar que “a compreensão, enfim, dá-se pela fusão dos horizontes do passado e do presente, carregada pelos preconceitos do intérprete e em constante formação”. (SAMPAIO, 2005, p.368).

Em suma, essa base hermenêutica será nosso ponto de partida para a crítica ao “modelo” interpretativo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal e pela doutrina processual dominante<sup>15</sup> quanto ao problema central deste trabalho, qual seja, a compreensão da norma enunciada no artigo 5º, LVI da Constituição brasileira. Este modelo, a nosso juízo, precisa ser substituído por um “interpretar sem métodos” (SAMPAIO, 2005, p.363) o que produziria resultados mais satisfatórios diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, e das questões de legitimidade que ele impõe. É preciso ainda pensar num modo de se traduzir tais construções para a linguagem do Direito. Esta tarefa será abordada ao tratarmos do desenvolvimento de uma teoria efetivamente geral do processo, que nos parece ser o *locus* adequado. Tal paradigma, exige, também, algumas notas introdutórias neste momento.

A ideia de democracia, como se verá detalhadamente no primeiro capítulo, não é suficientemente delimitada, o que obriga a delimitação ou especificação do paradigma de

---

14 Daí a crítica de Alexandre Morais da Rosa: “Neste quadro há uma 'despolitização' da decisão mediante a apresentação de receitas hermenêuticas convertidas em Imagens Normativas (Súmulas). O sentido previamente dado é mostrado na melhor forma de 'como fazer'. Permite uma metáfora com as 'sopas já prontas'. Basta abrir o pacote sumular e misturar água. Está pronto. Pode-se colocar 'sal' a gosto, mas a 'sopa' é a mesma. Enfim, pode-se incrementar a 'sopa' da decisão com excertos doutrinários e ou jurisprudenciais, sem que ela saia do 'paladar fixado pelo fabricante'. Esta é uma das manifestações da 'Hermenêutica do Conforto’”. (ROSA, 2008, p.37)

15 Por “dominante” quer-se referir àquela constante dos principais manuais e obras de referência do ensino jurídico no país.

Estado sobre o qual estamos trabalhando.

Para estabelecer esta delimitação e ser coerente com a ideia até aqui apresentada de que a compreensão dos conceitos deve se dar no caso concreto, iremos nos apropriar em grande parte da proposta de uma teoria discursiva da democracia (HABERMAS, 1995, s/p).

Tal proposta, do modo como a compreendemos, implica aceitar que a efetivação de um Estado Democrático só pode se dar sobre bases comunicativas. Em outras palavras, da mesma forma que a concretização da linguagem jurídica se dá pela comunicação, a ideia de democracia só se tornará a realidade que desejamos que ela se torne por meio da comunicação. São ideias, parece-nos, tão próximas e conexas que chegam a se confundir.

Podemos subsidiar tal postura a partir da afirmação de Jurgên Habermas no sentido de que: “à teoria do discurso da democracia corresponde, contudo, a imagem de uma sociedade descentrada. Na verdade, com a esfera público-política, o modelo procedimental monta uma arena para a detecção, identificação e interpretação dos problemas que afetam a sociedade como um todo”. (HABERMAS, 1995, s/p).

Todas essas ideias de concretização de conceitos e/ou valores a partir de arenas discursivas faz surgir de modo explícito a questão da legitimidade das decisões tomadas, que é o aspecto central deste trabalho. A importância que esta questão tem tido para as ciências jurídico-políticas foi sintetizada por João Maurício Adeodato:

Mesmo que se queira demonstrar que a noção de legitimidade é obsoleta, sem correspondência nos fatos ou com uma mera função pragmática de instrumento de ideologias manipuladoras de farsas, seria no mínimo leviano descartar simplesmente uma questão que exerceu tão grande influência sobre a história ocidental e que ainda suscita estudos das mais diversas tendências. Tradicionalmente falando, ser legítimo ou ilegítimo tem assumido, pelo menos no jargão jurídico-político, a mesma importância que o bom e o mau para a ética ou o belo e o feio a nível estético. (ADEODATO, 1989, p.21).

Destacada a importância, valemo-nos do mesmo autor para propor um conceito de legitimidade, de modo a deixar claro e bem determinado o instituto com o qual estamos lidando:

Vamos situar a legitimidade como uma qualidade atribuída ao poder, pressupondo que a realidade deste não é posta em dúvida; o que se questiona aqui é a legitimidade e não o poder. Assim, admite-se como hipótese que a legitimidade não se confunde com o poder nem é seu corolário essencial, que é possível um poder puro e simples, sem legitimidade, pelo menos temporariamente. Ao mesmo tempo, a legitimidade

traz uma conotação de deseabilidade, é positivamente valiosa em relação ao poder, isto é, o poder legítimo é preferível ao ilegítimo. (ADEODATO, 1989, p.19).

Se houve momentos em que a exigência de legitimidade era satisfeita com a simples positividade das leis, hoje isso já não se mostra verdadeiro, vez que a própria força da “positividade” tem sido atacada pelos teóricos do Direito, seja por sua incapacidade de lidar com espécies normativas diferente das regras (DWORKIN, 2007), seja pela impossibilidade de se compatibilizar tal modelo com as mudanças causadas pelo giro linguístico.

Daí a ideia habermasiana de que:

O respeito à lei não se justifica simplesmente a partir da postura de sujeitos que buscam manter um espaço individual de liberdade. Isso implicaria uma postura simplesmente estratégica. Destaca-se o caráter legitimador do processo legislativo democrático, compreendido como 'o lugar próprio da integração social no sistema jurídico'. (...) Os sujeitos não são concebidos de um ponto de vista egoísta, como se pretendessem apenas manter os seus respectivos espaços de liberdade. Além de sua postura como sujeitos privados, impõem-se os direitos de participação em uma práxis orientada para o entendimento intersubjetivo. (NEVES, 2008, p.112).

Em síntese, podemos afirmar que a percepção das mudanças mais claras originadas do paradigma da Filosofia da Consciência<sup>16</sup> para a Filosofia da Linguagem tem algumas implicações que se sucedem em cascata, a saber, a compreensão de que diante da complexidade cultural/ comunicativa das sociedades ocidentais modernas faz-se necessária a implementação de uma teoria discursiva da democracia, o que exige que os processos de tomada de decisão sejam também revistos a fim de se adequar às novas exigências de legitimidade, que não são mais satisfeitas com a ideia de legitimidade decorrente da legalidade.

É preciso então discutir a ideia da legitimidade nas democracias contemporâneas, bem como o modo como as decisões são tomadas, para então, discutirmos o problema específico deste trabalho, que é a possibilidade de decisão legítima fundada em argumentos que partem de provas obtidas ilicitamente.

16 Exemplo de insuficiência do paradigma centrado na Filosofia da Consciência é a forma como ela trabalha a questão da verdade, a partir da teoria da verdade como correspondência. Vale observar que “à primeira vista, a teoria da correspondência parece isenta de problemas e é inclusive trivial. Praticamente ninguém contradiria a formulação de Aristóteles 'dizer daquilo que é, que é, e daquilo que não é, que não é, é verdadeiro'. Os problemas só surgem diante de uma análise mais acurada. Um dos mais difíceis problemas que se apresentam consiste na resposta à pergunta: o que é aquilo com que se deve corresponder o enunciado para ser verdadeiro? Em resumo: o que é um fato?”. (ALEXY, 2005, p.120).

A fim de chegarmos a uma resposta para o problema posto que seja mais adequada e satisfatória iremos, em primeiro lugar, retomar a busca da legitimidade dentro de regimes democráticos ao longo da história, da Democracia Grega até a democracia contemporânea, já que estamos dentro de um paradigma de Estado Democrático bem resolvido, e isso não pode jamais ser posto em segundo plano.

Posteriormente, trabalharemos a ideia de “Filtragem Constitucional” - ou interpretação conforme, a depender do conceito utilizado -, que nos parece útil no intuito de manter nossa elaboração consistente e coerente com o restante do sistema jurídico, afinal, se há um elemento normativo que pode (e deve) ser tido como o centro do sistema na atualidade, este elemento é a Constituição.

Num terceiro momento passaremos ao instituto central deste trabalho, o “Princípio da Exclusão”, ou vedação do uso das provas ilícitas no processo. Iremos percorrer sua construção pela Suprema Corte dos Estados Unidos e sua apropriação pelo nosso Supremo Tribunal Federal, e o faremos visando chegar a uma clara definição jurídica do referido instituto.

Posteriormente abordaremos a vedação do uso de provas ilícitas por derivação/contaminação, mostrando-a como exemplo de apropriação de construções estrangeiras sem os cuidados devidos. No nosso caso, tal apropriação atécnica, como se verá, implica que, o aspecto da tomada de decisão que dá legitimidade ao sistema importado, não é compartilhado por sua versão abasileirada.

Por fim, iremos propor uma resposta ao problema proposto que nos pareça mais adequada aos paradigmas e marcos teóricos adotados, produzindo argumentos que nos pareçam suficientes para superar tanto a posição positivista quanto a posição baseada na “ponderação de valores”, ou seja, uma resposta que viabilize uma interpretação no artigo 5º, LVI da Constituição em conformidade com um Estado Democrático em que a legitimidade das decisões resulta de elas terem sido tomadas discursivamente, abrindo-se, sempre, à possibilidade de efetiva participação dos afetados/ interessados por tais decisões.

## 2. Da Grécia Arcaica à Teoria Discursiva: breve itinerário da democracia na busca por legitimidade

### 2.1 Breves delineamentos da ideia de democracia

No famoso discurso de Gettysburg, em 1863, Abraham Lincoln começa pontuando o fato de aquele ser um país fundado sobre a ideia de liberdade e igualdade, e finaliza afirmando que “o governo do povo, pelo povo e para o povo, jamais desaparecerá da face da Terra”.<sup>17</sup> A ideia, naquele momento, já não era exatamente uma novidade, existindo registros de pronunciamentos de ideias semelhantes por Daniel Webster em 1830 e pelo *Justice Marshall* em 1788. Todavia, o simbolismo do momento de Lincoln, e a fórmula exata utilizada, tornaram esta específica colocação memorável.

Fato é que, duzentos anos depois, a frase do então presidente norte-americano continua sendo invocada cada vez que se inicia um debate sobre “democracia”.

Em termos históricos, pode-se afirmar que “a democracia surgiu não só com a pretensão de acabar com o governo despótico dos príncipes absolutistas sobre o povo”, já dizia Kraut (1999), mas, também, “para erradicar totalmente do mundo o governo dos homens sobre os homens”.(KRAUT, 1999, p.98).

Vê-se, então, já neste primeiro momento, que os desafios contidos na tarefa de pensar a democracia são todos de grandes proporções, não havendo ainda, depois de tanto tempo de maturação, ideias e conceitos aceitos unanimemente pelos teóricos da democracia, sejam aqueles de formação jurídica, sejam aqueles cuja formação é voltada para as Ciências Políticas.

Além do mais, pensar a democracia não significa tão somente elaborar conceitos, mas fundamentalmente, viabilizar sua prática nos diversos contextos sociais que, ao longo dos anos, optaram por um regime que se enquadre na ideia geral de democracia.

Neste momento, propomo-nos a percorrer a história da teoria da democracia, de seus primórdios, na forma da democracia grega, aos séculos XX e XXI, para verificar o trajeto percorrido desde a Declaração de Independência dos Estados Unidos, até o desenvolvimento de uma Teoria Discursiva da Democracia (Habermas, 1995), a fim de propor como o modelo

---

17 O discurso se encontra disponível no site <http://americancivilwar.com>.

da teoria discursiva pode contribuir de modo fundamental, não apenas para a conceituação de “democracia”, mas sim para a efetivação da ideia de democracia nos diversos contextos históricos e sociais em que tal esquema de governo seja posto como o ideal.

Abordaremos questões centrais à ideia da democracia, como a questão do embate entre autonomia pública e autonomia privada, a questão do princípio da maioria e suas relativizações e, por fim, abordaremos a questão da relação do Constitucionalismo com a Democracia, de vez que

Muitas pessoas consideram que o constitucionalismo é extremamente antidemocrático – na medida em que subordina os cidadãos comuns a uma elite de juízes. Outros no entanto sustentam o contrário, argumentando que o constitucionalismo protege os direitos humanos, que são a alma da democracia. (DWORKIN, 2001, p.157).

Na parte final deste capítulo, retomaremos a construção de uma nova teoria do processo que parte de construções como a teoria discursiva para colocar no centro teórico do processo o “contraditório” e, com isso, responder de forma mais satisfatória às demandas que a ideia de “Estado Democrático” exige do Direito Processual.

## **2.2 A Democracia: introdução histórica e crítica**

Antes de querermos saber o que é a democracia hoje, ou, pelo menos, por onde passa a ideia de democracia hoje, devemos conhecer o que foi a democracia no passado, como ela surgiu e acabou na Grécia clássica, e como ressurgiu, notadamente nos Estados Unidos e França, inspirada pelos ideais iluministas e repúdio às formas absolutistas de governo.

Em que pese tal tarefa parecer demasiadamente extensa, em razão do largo período de tempo envolvido, o fato é que, modernamente, conhecemos a democracia há cerca de duzentos anos apenas, e, na Grécia arcaica, ela teve mais ou menos a mesma duração. Assim, trabalharemos com uma janela de quatro séculos, dentro de dois mil e seiscentos anos de história.

Vale relatar aqui o dado trazido por Robert Darnton e Olivier Duhamel (2001) de que a democracia, hoje em dia, não alcança sequer oitenta países, mesmo com critérios frágeis para se definir como tal um sistema de governo, por exemplo, o de “duas eleições seguidas sem

fraude”.(DARNTON; DUHAMEL, 2001, p.11).

Do que foi até agora exposto, podemos perceber que se trata de um fenômeno consideravelmente localizado e, que quanto mais exigências fizermos para caracterizar um país como democrático, menor será o número de países a serem observados.

Contudo, importante observar que apesar do espaço e do tempo a serem estudado serem um tanto quanto limitados, a tarefa não se mostra das mais simples, uma vez que

Trata-se, portanto, de estudar um processo que está sempre em movimento, que muda de caráter ao enfrentar novas dificuldades, que enfrenta desafios que ressurgem tão logo superados, que é, em suma, uma luta contínua e nunca um fato consumado. (DARNTON; DUHAMEL, 2001, p.12).

Feitas tais considerações, iniciaremos a análise da democracia na Grécia clássica, analisando o processo que vai da consolidação das religiões familiares até a formação da cidade grega com suas leis, fundadas na racionalidade, e então daremos um salto para recomençar a análise da democracia a partir do projeto iluminista, passando pelas revoluções francesa e americana, a fim de nos debruçar sobre a democracia tal como a concebemos hoje.

### **2.2.1 O Modelo da Grécia arcaica e seus ideais**

Usualmente, ao pensarmos nos primórdios do que hoje chamamos de democracia, nos remetemos, automaticamente, à Grécia dos anos 507 a 322 a.c. Todavia, faz-se necessária a exposição de como se chegou à democracia grega, a partir de uma ‘sociedade’ caracterizada por grupos familiares que tinham suas regras religiosas próprias, que, inclusive, não se deixavam regular por regras gerais.

A democracia foi uma ideia radicalmente nova na história da humanidade (HARTOG, 2001) e, como tal, fez surgir adeptos e opositores em toda sua existência.

De fato, se se pode dizer que já na Grécia arcaica a palavra ‘democracia’ tinha por significado, de algum modo, governo do povo, François Hartog (2001) conta que já naquele momento histórico havia quem utilizasse concepção mais ampla do termo *demos* – como multidão -, para atacar a ideia de democracia, conceituando-a como governo da multidão e para a multidão, “que os gregos também denominavam de os ‘maus’ ou os ‘pobres’”.

(HARTOG, 2001, p. 89).

Antes de continuar, vamos retroceder um pouco até a formação da cidade grega, a fim de estabelecer o pano de fundo social que estudamos.

A cidade grega tem sua origem a partir da formação de grupos familiares, clãs, cujo ponto de união era a religião, e a autoridade maior era a figura paterna, em que se confundiam as funções de chefe da família e chefe religioso.

Ocorria ainda, devido à impossibilidade do isolamento, a reunião de diversos clãs familiares em fraternias, e, posteriormente, em tribos, “onde dominava a aristocracia de sangue e propriedade”. (ANDRADE, 1978, p.24).

Um estreito vínculo ligava a família, a religião e a propriedade. Sob esse aspecto, o *oikos* (casa) grego era uma instituição religiosa fechada e estática, na qual o culto dos antepassados se relacionava com o culto do fogo sagrado – o lar -, símbolo da identidade moral e religiosa da família, e com o enraizamento desta na terra que recebia os corpos daqueles que encarnavam toda a tradição familiar. (ANDRADE, 1978, p.25)

A partir desta exposição podemos perceber que a forma de organização da cidade grega era um obstáculo à expansão da vida social, vez que limitada sempre pelas regras dos diversos clãs e fraternias, de modo que a expansão da realeza da Grécia arcaica ameaçará os princípios de hierarquia e vínculo religioso que determinam essa primeira conformação da cidade grega.

Então, na síntese de Sônia Viegas:

a congregação de várias famílias formou a fratria, e o conjunto de fraternias resultou na associação tribal. A confederação de várias tribos constituiu a primeira forma de cidade. Não se tratava de um processo de fusão, mas de um sistema de confederação, onde os cultos e as relações de parentesco permaneciam diferenciados. “Assim como muitas fraternias estavam unidas em uma tribo – esclarece Fustel de Coulanges -, muitas tribos puderam associar-se, sob a condição de o culto de cada uma delas ser respeitado. No dia em que nasceu essa aliança, nasceu a cidade”. (ANDRADE, 1978, p.27).

Na medida em que se consolidava aquela nova realidade que eram as cidades, uma nova forma de culto deveria também surgir, a fim de expressar a vida comunitária e os valores e ideais que a inspiravam. E tal mudança é particularmente relevante na formação daquela nova sociedade, pois, “se a religião familiar já constitui uma transfiguração ética dos vínculos

naturais” (ANDRADE, 1978, p.27), a formação da cidade exigirá uma mudança ainda mais radical. O fato dos homens se associarem em formas mais abrangentes do que aquelas determinadas por vínculos de parentesco, “sugere uma forma de consciência grupal sem qualquer similar nas relações de natureza”. (ANDRADE, 1978: 27).

Dentro deste processo de consolidação de uma base para a cidade grega, os deuses da natureza física foram sendo incorporados pela organização tribal, vindo a ser percebidos como símbolos da vida daquela nova coletividade.

Na continuidade desse processo os deuses personificados

gradativamente, passaram a simbolizar um universo de valores, transcendente ao homem e ao seu destino, cuja lei moral era suficientemente ampla para abranger a ordem (justiça) da natureza e a ordem da cidade. Do politeísmo naturalista da religião aquéia à configuração do Olimpo helênico, vemos a força invisível transformar-se em lei moral, expressando um sentido de ordem e de justiça cada vez mais vinculado à exigência de encontrar um lugar para a cidade no seio da harmonia universal. (ANDRADE, 1978, p.29).

Estabelecido este pano de fundo, vamos agora tratar de como se deu a transição da família e da figura do patriarca, chefe religioso que, na origem, tornou possível o surgimento da cidade grega, para a esfera da cidade.

Tal transição começa pelo chefe de cada clã, que integrará o grupo de conselheiros que governará a cidade junto com o rei, dirigindo a vida pública. A origem religiosa da cidade não implica, portanto, uma relação de “dominação arbitrária ou mágica”. Assim, “a função dos governantes não consiste em personificar a lei, mas em administrar um bem público garantido por um *éthos* comum”. (ANDRADE, 1978, p.34).

Tendo as cidades se formado com base na tolerância religiosa, a fim de aceitar os membros dos diversos clãs, sua consolidação implicará a ampliação do problema da tolerância, vez que a expansão do comércio e demais atividades acarretará a entrada pessoas absolutamente estranhas às suas origens, como comerciantes, marinheiros, etc, de modo que a estrutura familiar originária se tornará cada vez mais inadequada à manutenção da estabilidade social. A consequência disso é a exigência de se lançarem bases sobre outros pressupostos que não apenas a tolerância religiosa entre os membros dos clãs originários.

As leis deverão tornar-se impessoais, libertando-se da tradição, a fim de abrangerem a diversidade social que começa a verificar-se na cidade. Ao valores

eternos, que garantem o sentido político da vida, deverão encontrar uma base social mais justificável que a aristocracia patriarcal sobre que descansava o espírito da nobreza da virtude. O universo dos valores deverá adquirir uma certa autonomia, tornando-se capaz de se auto-fundamentar. A partir dos séculos VIII, VII antes de Cristo o *nómos* da tradição transformar-se-á, pouco a pouco, no *nómos* jurídico; a tradição oral, vivificada pelo culto dos antepassados e pelo sentimento heroico, cede gradativamente lugar à lei escrita, fundada na racionalidade que a torna uma norma universal. (ANDRADE, 1978, p. 39).

Assim, da personificação dos deuses da natureza física à impessoalidade da lei escrita fundada na racionalidade, percorremos o caminho trilhado pelo Estado grego a fim de alcançar a autonomia do mundo político, “único capaz de garantir para o homem sua verdadeira moradia, que é a palavra”. (ANDRADE, 1978, p.39).

Em linhas gerais, esta é a trajetória da democracia na Grécia arcaica. Antes de passarmos ao próximo ponto do trabalho, vamos nos voltar um pouco para as ideias centrais do modelo de democracia com que estamos trabalhando agora, a fim de verificar como tais elas são recuperadas no desenvolvimento da democracia moderna.

O fato de nos remetermos sempre à democracia grega em estudos contemporâneos tem como razão de ser, entre outras, o fato de que há uma continuidade das ideias centrais da democracia em ambos os momentos. Tal conclusão pode ser exemplificada com a lição de François Hartog (2001, p.92), de que “a democracia [*moderna*], globalmente, tem deixado que seus adversários pensem e falem”, no que coincide com o fato de que Demóstenes já observara que em Atenas era possível fazer elogios à constituição de Esparta, mas a recíproca não era verdadeira.

Modernamente esse fator pode ser identificado em grande parte com o ‘pluralismo’ que, como geralmente acontece com todos os institutos da democracia, tem sido objeto das mais variadas críticas. Exemplo de crítica feita às concepções mais atuais de pluralismo é aquela segundo a qual um pluralismo absoluto seria incompatível com a democracia, vez que, num pluralismo absoluto, deveria se admitir inclusive aqueles discursos cujo objetivo é a instauração de regimes não democráticos. Todavia, há autores que não admitem tal pluralismo radical, argumentando no sentido de que o Estado democrático não é neutro, de modo que não se pode aceitar que seus fundamentos de legitimidade sejam objeto de relativização por nenhum discurso interno.

Isto significa que aqueles que se opõem à liberdade e à igualdade e desejam

restabelecer uma concepção totalitária e hierárquica da sociedade não podem nutrir esperanças de ver suas demandas legitimadas em nome do pluralismo. (MOUFFE, 1999, s/p).

Outras características que já aparecem na democracia da Grécia arcaica, segundo François Hartog (2001), são a isonomia e o princípio da maioria, enunciado por Heródoto com a máxima “na maioria está o todo”. (HARTOG, 2001, p .94).

Assim, concluímos afirmando, novamente com Sônia Viegas, que

Através dos grandes sistemas de pensamento platônico e aristotélico, a civilização grega se incorporou definitivamente à nossa cultura. Se, portanto, a consciência que a cultura grega revelou de si mesma, no momento de desintegração de sua estrutura política, não conseguiu salvaguardar a *polis*, nem por isso o ideal político da Grécia clássica revelou-se menos verdadeiro. A finitude do labor humano que edificou a polis não desmentiu a universalidade de sua expressão racional. Só fez antecipar a dimensão histórica que o *logos* ganharia, na maturidade do pensamento moderno, quando o homem percebeu que a razão caminha no tempo, e sua trajetória se compõe à medida que ela avança além dos passos já vencidos. (ANDRADE, 1978, p.43).

Em síntese, a principal contribuição deixada pela democracia grega para a modernidade, pelo menos no aspecto que mais nos interessa, parece ser a busca da racionalidade na produção normativa.

Este aspecto se mostrou essencial, já naquela época, para a assimilação de pessoas com diferentes formações e horizontes históricos pela mesma sociedade, sendo verdadeiro embrião do pluralismo característico das modernas democracias, ou mesmo do cosmopolitismo das grandes cidades ocidentais.

### **2.3 Democracia moderna: o modelo das duas Revoluções**

Democracia moderna é um termo demasiado amplo, pois, como visto, trata-se de algo nunca acabado, mas em constante mudança. Deste modo, antes de abordarmos a teoria da democracia no século XX, notadamente a partir da obra de Hans Kelsen<sup>18</sup>, vamos estudar suas origens modernas, quais sejam, as revoluções do fim do século XVIII, na França e nos

---

<sup>18</sup> Apesar de não ser comum o uso de Kelsen como teórico da democracia, esta escolha tem sua razão de ser em escolhas feitas dentro do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas.

Estados Unidos. Revoluções essas que vieram coroar o movimento iluminista, fazendo com que seus valores e ideais fossem integrados aos novos Estados ou formas de Estado que dali surgiram.

Todavia, vale desde logo lembrar a advertência de Robert Darnton quanto ao modo como o “Iluminismo” vem sendo explorado na contemporaneidade:

O exagero publicitário generalizado tem afetado nossa compreensão do movimento inicial da cultura política moderna, o Iluminismo setecentista, porque também ele tem sido amplificado de tal maneira que não seria reconhecido pelos homens que o criaram. Inicialmente irrigado com uns poucos *bons mots* em alguns salões parisienses, ele se tornou uma campanha para esmagar *l'infâme*, uma marcha do progresso, um espírito da época, uma fé secular, uma visão de mundo a ser defendida, combatida ou transcendida, e a fonte de tudo o que era bom, mau e moderno, incluindo o liberalismo, o capitalismo, o imperialismo, o chauvinismo masculino, o federalismo mundial, o humanitarismo da Unesco e a Família Humana. Qualquer um que tenha contas a ajustar ou alguma causa a defender começa pelo Iluminismo. (DARNTON, 2005, p.17).

Contudo, aqui estamos já a tratar não de assuntos que podem ser remetidos ao Iluminismo, mas dele mesmo, em suas consequências mais diretas: as grandes revoluções do século XVIII.

As duas revoluções tiveram seus problemas<sup>19</sup>. Todavia, a Revolução Francesa possibilitou o rompimento com um regime absolutista, em que os princípios da democracia eram rechaçados por absoluta incompatibilidade. Já a Revolução Americana consolidou instituições e, principalmente, valores democráticos, por exemplo, a questão da representatividade dos Estados federados no senado.

A Revolução Americana, porém, não deve ser vista tão-somente como a consolidação de instituições já existentes e a independência definitiva da Inglaterra, ela inaugura uma nova forma de compreensão da política e de alguns institutos já conhecidos.

Se no fim do século XVIII o conjunto do mundo ocidental estava a ponto de lançar pelos ares essa antiga concepção clássica da política, foram os americanos, com sua Revolução, que atiraram primeiro. (...) Depois da Revolução Americana, ninguém mais nos Estados Unidos apresentou a política como uma série de manobras entre as ordens ou um equilíbrio entre monarquia, aristocracia e democracia. Esse tipo de teoria clássica não tinha mais sentido. (WOOD, 2001, p.106).

---

<sup>19</sup> Ensina Patrice Higonnet (2001, p. 45) que a Revolução Francesa “é também a violação constante dos Direitos do homem e da humanidade” e que “o conservadorismo da Revolução Americana também foi sua fraqueza” (2001, p.47).

A sociedade americana passa a ser vista como um conjunto de indivíduos que detinham todo o poder, e não precisava transigir com um governante absoluto, como um rei ou um soberano. O povo era soberano, e concedia temporariamente seus poderes a determinados agentes, o que possibilitou aos americanos compreenderem todos os elementos do governo como representantes do povo. (WOOD, 2001, p.107).

Longe dos poderes mistos da monarquia, da aristocracia e da democracia, eles também criaram o que viriam a denominar democracias representativas. Isso também lhes permitiu inventar a ideia do federalismo, na qual os poderes – o da nação e o do Estado – tornavam-se igualmente emanações do povo, cada qual exercendo apenas fragmentos do poder distribuído ao povo. Todo poder tornava-se uma delegação do povo soberano. (WOOD, 2001, p.107).

Por fim, uma última consequência direta da Revolução: a Constituição americana. A Constituição é um marco fundamental na democracia moderna não apenas por criar instituições e institutos voltados para a proteção de si mesma e dos cidadãos, mas, por criar mecanismos que garantem a coerência de todo o sistema de normas que estaria a ela subordinado.

A Constituição passa a ser vista não apenas do ponto de vista da constituição do poder, como era na Inglaterra, mas como “um ato de soberania do povo, criando e limitando o poder” (WOOD, 2001, p.108).

De tudo que foi exposto, pode-se então compreender a afirmação de que a independência das treze colônias em 1776, sob a forma de confederação, e a posterior constituição de um Estado federal em 1787, “representou o ato inaugural da democracia moderna” (COMPARATO, 2001, p.93); o que, por si só, justifica o espaço aqui dedicado a tais acontecimentos.

## **2.4 A Questão da Liberdade**

Na construção de sua teoria da democracia, Kelsen (2000, p.27) aponta como um dos temas centrais o problema da conciliação das liberdades dos indivíduos com a necessidade do estabelecimento de uma certa ordem social, que deve ser instituída a fim de viabilizar a

convivência de diversos interesses, individuais e coletivos, num mesmo espaço.

Nesse sentido diz Kelsen que

Da ideia de que somos – idealmente – iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia (...).(KELSEN, 2000, p.27)

De fato, se o ideal de igualdade entre os homens, um dos pontos centrais do Iluminismo, deve ser levado a sério, a primeira decorrência disso é a necessidade de se compatibilizar a 'liberdade natural' de todos os homens com aquela liberdade possível dentro de uma sociedade, especialmente dentro de um Estado.

Kelsen (2000) observa que para a existência de um Estado, “deve haver um regulamento obrigatório das relações dos homens entre si, deve haver um poder”, e que a melhor forma de compatibilizar a existência deste poder com a liberdade natural dos homens é transformar essa liberdade numa liberdade política ou social, de forma que os homens se vejam como submetidos à sua própria vontade, e não à vontade alheia, o que torna a construção kelseniana coerente com o ideal iluminista da igualdade entre os homens.

Seguindo esta linha de desenvolvimento, parecem pertinentes as afirmações de Baczko (2001) quando diz que

Como conciliar o reconhecimento da liberdade dos indivíduos, necessariamente diferentes, com a exigência de sua igualdade? Como a cidade deveria contribuir para diminuir a soma de infelicidades que acometem os indivíduos? Como conciliar os valores universais que alicerçam a dignidade do homem com a pluralidade e a diversidade das culturas humanas? (BACZKO, 2001, p.35)

O delineamento da questão do auto-reconhecimento como o responsável pela vontade a que está submetido todo e cada cidadão, num regime que se pretenda democrático, nos remete, de modo automático, à questão da tomada de decisões em tal regime.

Enquanto em cenários absolutistas a tomada de decisão era referida a entidades divinas - sob a doutrina do direito divino dos reis -, e em cenários de exceção<sup>20</sup> as decisões são

<sup>20</sup> “A exceção é uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. *A norma se*

tomadas pelo soberano<sup>21</sup>, num cenário de democracia a ausência de um elemento central (como o rei ou o soberano) a que se possa remeter tal responsabilidade cria um problema .

Kelsen (2000), por exemplo, lida com esse problema a partir do “princípio majoritário”, e inicia seu desenvolvimento do tema com a advertência de que tal instituto não pode resultar num entendimento de que a soma da maior parte das vontades deve simplesmente prevalecer sobre a minoria, sob pena de se dar ao referido princípio caráter meramente mecânico, e consolidar a conhecida fórmula que diz que 'a força supera o direito', que só poderia ser superada se fosse ela mesma “elevada ao estado de regra de direito”. (KELSEN, 2000, p.32).

Assim sendo, ele chega à conclusão de que a ordem social deve contrariar o menor número de indivíduos possível, vez que “se procura assegurar a liberdade não deste ou daquele indivíduo porque este vale mais do que aquele, mas do maior número possível de indivíduos”. (KELSEN, 2000, p.32).

A ideia de liberdade política ou social restaria satisfeita pela participação do indivíduo na formação da vontade do Estado, e não mais com uma liberdade (natural) do indivíduo frente ao Estado, independentemente do quanto a liberdade “natural” tenha sido efetivamente limitada. Neste ponto vale a lição de Bouretz que, ao descrever problemas contemporâneos da democracia a partir da noção de reconhecimento, aponta que:

Se é fato que o imaginário democrático é alimentado por um formalismo da liberdade e da igualdade que requer a abstração da lei e passa pela representação de um indivíduo dispondo de um lugar estritamente idêntico ao dos outros, este mesmo indivíduo também requer que se leve em conta sua particularidade, sua especificidade no interior de um espaço social, que no entanto é apresentado como homogêneo. (BOURETZ, 2001, p.149)

A questão da liberdade levantada por Kelsen (2000) se converte então, já naquele momento, na questão da participação do indivíduo na formação da vontade do Estado. Tal questão ainda hoje se apresenta não resolvida, e o ponto central deste capítulo é analisar como, e até que ponto, a teoria discursiva da democracia (HABERMAS, 1995)<sup>22</sup> pode aplica à exceção desapplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, capturada fora (*ex-capere*) e não simplesmente excluída”. (AGAMBEN, 2007, p.25)

21 O termo “soberano” nos parece pertinente neste momento em razão da célebre colocação de Carl Schmitt: “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção”. (SCHMITT, 2006, p.7).

22 A menção de Kelsen e Habermas num mesmo parágrafo pode parecer incoerente. Todavia, é preciso ter em vista que aqui se aborda o Kelsen teórico da Democracia, e não o Kelsen teórico do Direito. Tal diferenciação

contribuir para o desenvolvimento do tema, ou mesmo prover uma resposta que seja, neste momento, satisfatória à referida questão.

## 2.5 O Princípio da Maioria

À questão da forma de participação na tomada de decisões em contextos democráticos sempre foi dada como resposta o princípio da maioria, que, *a priori*, se mostra como instrumento eficaz na tomada de decisão, contrariando ou restringindo a liberdade natural do menor número possível de participantes.

Na antiguidade, o referido princípio encontra suas primeiras manifestações em território greco-romano, sendo que desde o século V a.c “surge uma unanimidade quanto à validade desse princípio, de maneira que decisões políticas importantes na democracia deveriam ser tomadas com a maioria de votos” (KRAUT, 1999, p.91).

Junto com seu aparecimento, surgem também os problemas dele decorrentes, como o da aplicação mecânica – em que a vontade da maioria, definida tão-somente pela soma dos votos, implica a desconsideração da minoria –, e também o da isonomia que, quando se tentou impor sua aplicação verticalmente, com Polícrates, teve como resultado a conclusão de que

A isonomia não pode ser decretada de cima para baixo: só pode resultar da ação de todos que, em sua oposição ao regime tirânico, vêm a reconhecer-se como “iguais”(em posição de paridade); ela implica jogar o jogo até o fim: se o poder já não é propriedade de um só, e se se encontra “no centro”, ninguém pode então pôr-se à parte e posicionar-se como exceção ao círculo formado pelos cidadãos. (HARTOG, 2001, p.93).

Do exposto podemos perceber que a tentativa de imposição de uma regra, ainda que benéfica ao jogo democrático, será problemática sempre que desrespeitar a regra básica de consulta àqueles que se submeterão à regra criada, vez que qualquer imposição impede que se garanta que a nova regra irá contrariar o menor número possível de cidadãos.

Assim, a isonomia parece ser uma das bases da democracia. Se isto for verdade, uma análise de situações em que a isonomia foi deliberadamente posta de lado, seja por um governante ou por uma máquina estatal, mostrar-nos-ia como resultado o surgimento de um estado cujas decisões fundamentais eram centralizadas e, não raro, contrárias a todos os

preceitos básicos da democracia<sup>23</sup>.

Há, porém, mais alguns aspectos do princípio da maioria que devem ser observados, notadamente a questão das condições em que o referido princípio funcionará do modo mais adequado. Pode-se afirmar que isso é relevante em razão da advertência quanto à força da maioria feita por Tocqueville (2002, p.92), no sentido de que, enquanto a força do rei é meramente física, de modo que ele controla as ações dos sujeitos sem controlar suas convicções, a força da maioria “tem um poder que é físico e moral simultaneamente; ela age sobre a vontade assim como sobre as ações dos homens”.

Kraut (1999) informa que foi Locke quem lançou as bases para o reconhecimento do princípio da maioria como temos hoje, quais sejam, as ideias de “consentimento e reconhecimento da minoria”:

Com isso [ideia de consentimento e o reconhecimento da minoria], os componentes pluralistas e representativos se associaram ao princípio da maioria na transição do princípio técnico decisório para o princípio da representação da democracia moderna. (KRAUT, 1999, p.106)

Talvez seja apropriado ressaltar desde logo que as respostas e advertências relacionadas ao princípio da maioria naquele momento enfrentam hoje novos questionamentos, que interferem na capacidade do princípio da maioria de levar uma sociedade a uma decisão compreendida como legítima pela maior parte de seus membros.

Quanto a isso, parecem ser pertinentes os problemas do pluralismo na sociedade contemporânea como colocados por MacIntyre (2001, p.28), para quem “a noção de pluralismo é muito imprecisa, pois pode muito bem se aplicar tanto a um diálogo ordenado de opiniões em intercessão, como a uma mistura desarmônica de fragmentos mal-organizados”.

Apesar das considerações de MacIntyre, se acreditarmos, divergindo dele, que ainda prevalece a versão “positiva” do pluralismo, devemos ter em conta que a questão do reconhecimento das minorias não apenas como minorias, mas como minoria que é parte de um todo, é um passo fundamental na consolidação da democracia moderna, e deve ser perseguida no intuito de evitar erros do passado, como o totalitarismo.

Assim, o ponto central do tratamento das minorias hoje talvez seja saber conciliar “expectativas contraditórias de igualdade jurídica formal e de tratamento distinto dos

---

23 Para um exemplo concreto de tal situação, cf. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Cia das Letras, 2006.

diferentes grupos sociais”. (BOURETZ, 2001, p.150).

Essa questão é respondida por Kraut a partir do princípio da integridade da comunidade. Para ele, a chave para manter uma sociedade sem ameaças de desintegração vindas de grupos minoritários é a formulação de mecanismos que possibilitem mobilidade social, o que

Não significa que toda diferença social deva ser descartada, mas sim que a sociedade não se divida em classes estanques e a diferença entre as camadas seja a menor possível. Pelo menos deve permanecer uma mínima mobilidade vertical para os indivíduos, na medida do possível. (KRAUT, 1999, p.108).

Essa possibilidade de movimentação social dos indivíduos nos remete à mobilidade dos atores políticos propriamente ditos, o que nos leva à questão das “minorias alternantes”, que, como veremos, termina por ser um mecanismo fundamental de estabilidade de regimes democráticos pluralistas.

Minorias alternantes são uma face concreta de sociedades pluralistas. Aliás, são uma característica básica de tais sociedades, de modo que quanto mais plural determinada sociedade for, mais a questão das minorias alternantes irá se mostrar relevante.

Tal constatação é uma decorrência do fato de que, quanto mais opiniões e interesses forem admitidos num determinado grupo social, mais fragmentado será tal grupo, do ponto de vista ideológico e político, de forma que duas consequências poderão surgir.

A primeira será a constatação de não haver um grupo ou ideologia dominante, ou dominante por longos períodos. A segunda é a de que para tentar fazer valer seu ponto de vista, cada minoria buscará formar alianças, algumas por vezes improváveis, de modo que as minorias quanto a um determinado assunto possivelmente não serão minorias em outros assuntos.

Tal mobilidade política parece ser causa e consequência da mobilidade social a que se referia Kraut e, numa sociedade deliberadamente plural, todo esse cenário parece ser bastante saudável do ponto de vista político, de vez que implica a aceitação de diferenças.

Um passo importante nesse sentido é dado com a institucionalização de tais procedimentos, o que ocorre com a consolidação do constitucionalismo, já que um dos elementos tidos como centrais nas constituições é justamente a organização do Estado e suas instituições representativas, bem como o modo de produção de normas.

Como visto anteriormente, ao tratarmos das mudanças ocorridas em razão do

aparecimento da Constituição dos Estados Unidos, os temas “constitucionalismo” e “democracia”, tal como a conhecemos hoje, estão umbilicalmente ligados, vez que aquele documento de 1787 chega a ser considerado, por alguns autores, como o marco inicial da democracia moderna.

Apesar desta forte ligação, há hoje em dia quem critique o constitucionalismo (ROCHA, 1997, s/p), colocando-o como se fosse verdadeiro entrave a um melhor desenvolvimento da democracia. Dworkin (2001), por exemplo, nos fala que há quem veja no constitucionalismo um enfraquecimento da democracia, em razão de ele, aparentemente, subordinar todos os cidadãos a juízes cujo ingresso na carreira não se dá por um método que carregue em si toda a legitimidade que têm as decisões do parlamento.

Diz ele:

Muitas pessoas consideram que o constitucionalismo é extremamente antidemocrático – na medida em que subordina os cidadãos comuns a uma elite de juízes. (DWORKIN, 2001, p. 157).

De fato, a ideia de submeter decisões tomadas por uma assembleia democrática ao controle de juízes não é tão antiga quanto a ideia de juízes garantindo direitos em um Estado autoritário, surgindo, na verdade, na célebre decisão de Marshall em 1803, que declarou que os juízes americanos deveriam aplicar a Constituição, mesmo contra a vontade da maioria.

Boa parte dessa incompreensão do constitucionalismo parece decorrer do conceito que se tem de democracia. Se identificarmos democracia tão-somente com uma forma de governo fundada na decisão da maioria, poderíamos identificar institutos outros que não se adequam muito a tal modelo, por exemplo, o Senado, que não é exatamente representativo, e “controla” a Câmara, que é a casa onde a representatividade, em relação aos cidadãos, é um ponto determinante.

Há outros problemas, como salienta Dworkin:

Eu gostaria, por outro lado, de frisar uma outra fraqueza, mais fundamental, na ideia generalizada de que o governo do “povo” designa pura e simplesmente a lei da maioria. Se considerarmos o que é a democracia, fica difícil explicar o que há de bom nela. (...) se considerarmos a democracia apenas como o governo da maioria, sem incluir em nossa definição qualquer alusão aos direitos humanos, torna-se impossível justificar ou mesmo explicar a afirmação de que a democracia estabelece o governo de seus cidadãos, na medida em que nada na ideia do poder legislativo ou político de uma maioria significa que o indivíduo governe o que quer que seja. (DWORKIN, 2001, p.158).

Neste ponto, para superar a tese de que o constitucionalismo é um entrave à democracia, parece-nos salutar o caminho que Dworkin toma no referido texto, propondo que a democracia deve ser compreendida como uma administração em parceria, onde há responsabilidade de todos, independentemente das políticas adotadas e decisões tomadas.

Daí, concluir que os cidadãos só poderão se ver como parceiros num empreendimento coletivo “se lhes são assegurados certos direitos individuais”. (DWORKIN, 2001, p.161). E aí se encaixa a Constituição - cujo conteúdo dito “material” é composto, entre outras coisas, de um rol de direitos e garantias fundamentais – e, por consequência, o constitucionalismo, não como um entrave, mas como um eixo de sustentação de uma democracia compreendida não apenas a partir da regra da maioria, mas, principalmente, da regra da co-responsabilidade.

## **2.6 A Teoria Discursiva da Democracia**

Os modelos de pensamento político consolidados tanto pelo liberalismo quanto pelo republicanismo hoje se mostram insuficientes para lidar com as sociedades complexas que se lhes apresentam.

Como aponta Marcelo Cattoni (2006):

Tais modelos têm perdido muito do seu poder de convencimento por não levarem em consideração a complexidade da sociedade atual, ao manterem, por exemplo, um modelo de sociedade composta por indivíduos e centrada no Estado, ou, mais especificamente, no caso republicano, ao pressuporem uma homogeneidade ético-cultural como base da democracia, pouco ou nada são capazes de se articularem a uma análise empírica no nível dos processos políticos concretos, em nossas sociedades complexas, descentradas e pluralistas. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 99)

Parte dessa insuficiência se deve mesmo à compreensão pressuposta da sociedade da qual cada uma dessas tradições políticas partem.

O liberalismo, por exemplo, concebe o governo como “um aparato de administração pública”, e a sociedade como “uma rede de interações entre pessoas privadas estruturada na forma do mercado” (HABERMAS, 1995, s/p). Neste modelo, a política tem a função de organizar as demandas generalizadas dos cidadãos e encaminhá-las da melhor maneira ao

governo, uma espécie de administração especializada na consecução de interesses coletivos.

Já na concepção republicana, a política é vista como o mecanismo que permite que grupos mais ou menos isolados tomem consciência de sua dependência em relação a outros grupos similares, de modo a transformar tais relações em “uma associação de parceiros livres e iguais sob a vigência da lei”. (HABERMAS, 1995, s/p).

A partir destas duas ideias há também concepções diversas sobre o status do cidadão na sociedade.

Do ponto de vista liberal, o status do cidadão se define por seus direitos negativos em relação ao Estado e aos outros cidadãos, ou seja, ele goza de proteção governamental na busca de seus interesses particulares contra a intervenção indevida de outros cidadãos ou do próprio Estado. Seus direitos políticos são concebidos de forma semelhante aos direitos civis, ou seja, proporcionam ao cidadão um espaço livre de coerção, possibilitando “afirmar seus interesses privados de tal maneira que, por meio de eleições, da composição de corpos parlamentares e da formação de um governo, esses interesses são finalmente agregados numa vontade política que provoca um impacto sobre a administração”. (HABERMAS, 1995, s/p).

Na visão republicana, os direitos políticos são essencialmente liberdades positivas, que possibilitam aos cidadãos a participação num processo que os torna “autores politicamente autônomos de uma comunidade de pessoas livres e iguais”. (HABERMAS, 1995, s/p).

Essas diferenças, Habermas conclui, expressam uma divergência relevante sobre a natureza do processo político, que, no caso liberal, é determinado pela competição entre coletividades, que agem estrategicamente na busca por posições de poder, enquanto, na visão republicana, a formação da opinião e da vontade “o paradigma não é o mercado, mas o diálogo” (HABERMAS, 1995, s/p), de modo que se “concebe a política como uma disputa em torno de questões de valor, e não meramente de questões de preferência”.(HABERMAS, 1995, s/p).

Enquanto, como visto, os liberais compreendem o processo político como uma disputa na qual prevalece o agir estratégico pela defesa de posições, os republicanos mantêm sua ideia de política deliberativa centrada no uso público da razão, que teria por objeto “permitir que se discutam interpretações e orientações de valor, bem como possíveis projetos de superação de carências e de necessidades comuns”. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 105).

Assim, estabelecida a compreensão que se tem do pensamento político liberal e republicano, a teoria do discurso vai apropriar-se de elementos de cada um desses modelos,

buscando constituir um procedimento deliberativo ideal.

A teoria do discurso reveste o processo democrático de conotações normativas mais fortes que as encontradas no modelo liberal, entretanto mais fracas que as do modelo republicano. Uma vez mais ela retira elementos de ambos, combinando-os de uma maneira nova. (HABERMAS, 1995, s/p).

Em suma, os modelos liberal e republicano<sup>24</sup> seriam suficientes para responder aos problemas de sociedades mais ou menos homogêneas, cujas decisões coletivas sejam tomadas fundamentalmente a partir da lógica mercadológica. Todavia, numa sociedade plural como a nossa tais modelos não apresentam respostas satisfatórias, sendo a teoria discursiva uma proposta que busca conceber uma nova forma de tomada de decisão que responda satisfatoriamente as exigências de legitimidade em sociedades plurais.

Se o modelo comunitarista de procedimento deliberativo é criticável por exigir uma sociedade homogênea como já não concebemos mais, então é preciso demonstrar de que modo uma concepção procedimentalista da política deliberativa pode contribuir para a questão da legitimidade das tomadas de decisões em nossas sociedades plurais.

A resposta de Habermas a esta questão, tal como a compreendemos, parece caminhar no sentido de que a institucionalização dos procedimentos deliberativos que permita o ingresso do maior e mais diversificado número possível de posições no discurso garantiria, no fim das contas, que a decisão, tomada tão-somente com base na força do melhor argumento – o que seria garantido pela formalização do procedimento dentro das normas constitucionais –, seria tida como legítima pelos cidadãos, pois, ao participar de sua formação, se compreenderiam como seus co-autores.

Nas palavras de Habermas:

Entrelaçando considerações pragmáticas, compromissos, discursos de autocompreensão e de justiça, esse procedimento democrático tem a presunção de que, dessa maneira, se obtém resultados razoáveis e justos. De acordo com essa visão procedimentalista, a razão prática afasta-se dos direitos humanos universais, ou da substância ética concreta de uma comunidade específica, para adequar-se às regras do discurso e às formas de argumentação. Em última análise, o conteúdo normativo surge da própria estrutura das ações comunicativas. Essas descrições do processo democrático preparam o terreno para diferentes conceitualizações de

---

24 Note que “no sentido de uma localização sistemática da obra dentro da tradição da filosofia política, a obra de Habermas não pretende apenas unir immanentemente uma perspectiva científico-social e uma normativo-filosófica à relação entre direito, democracia e Estado social; sua função é, antes, superar o tradicional antagonismo entre concepções liberais e republicanas da ordem política legítima ao indicar, com meios teóricos-discursivos, o nexos indissolúvel entre 'direitos humanos' e 'soberania popular'”. (FORST, 2009, p.180)

Estado e sociedade. (HABERMAS, 1995, s/p).

Esta proposta de Habermas ainda nos fornece uma resposta para a questão da contraposição entre democracia e constitucionalismo, que abordamos anteriormente a partir de Ronald Dworkin. Ora, se a Constituição é o instrumento jurídico que faz valer a institucionalização de procedimentos, e se ela garante também a liberdade de todos os participantes, para que possam ingressar no discurso livres de qualquer sujeição a outros atores, em outras palavras, se ela possibilita o rompimento com os conceitos de “sociedade” e “indivíduo” que existiam no liberalismo e no republicanismo, e possibilita que se trabalhe a ideia de liberdade pública e liberdade privada como faces da mesma moeda, então, não há mais que se falar em contraposição entre constitucionalismo e democracia, pois, a Constituição passa a ser o instrumento jurídico que garante as melhores condições para que uma sociedade plural tome suas decisões.

Como assevera Marcelo Cattoni:

A constituição, para articular-se com uma visão procedimentalista da política deliberativa e da democracia, deve ser compreendida, fundamentalmente, como a interpretação e a configuração de um sistema de direitos fundamentais, que apresenta as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma; ou seja, das condições que garantem, em termos constitucionais, um processo legislativo democrático. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 115). (*Grifo nosso*).

Esta relação entre constitucionalismo e democracia serve inclusive para se evitar o risco de que a ideia de uma teoria discursiva nos leve a um estado de completo vazio ético, em que o direito de debater se mostre mais importante que o próprio debate. Não nos parece possível que isso possa ocorrer se tivermos sempre em vista que a Constituição é o centro do sistema normativo, e que, apesar de aberta e promotora de discussões, ela traz alguns pressupostos/ limitações<sup>25</sup> e um projeto de democracia que é de fato compartilhado pela sociedade.

Neste momento podemos avançar na tarefa proposta. Afinal, se afirmamos que a contraposição entre constitucionalismo e democracia se encerra ao se compreender a Constituição como o instrumento que possibilita e garante a institucionalização de um processo legislativo compatível com nossas sociedades pluralistas, então, podemos afirmar

---

25 Tais limitações serão abordadas adiante a partir da ideia de “democracia radical” de Chantal Mouffe.

que as decisões não são tão genéricas - como aquelas referentes a atos legislativos típicos -, mas igualmente relevantes para a manutenção do cenário democrático pluralista, como as decisões judiciais e administrativas, devem, de algum modo, se adequar a este modelo ora apresentado, o que se dará dentro de uma teoria do processo.

Se nossas conclusões estiverem corretas, então devemos sustentar, sob pena de tornar incoerente o sistema de decisões, a existência de uma teoria geral do processo que seja efetivamente geral, ou seja, que possa ser compartilhada seja no processo legislativo, no processo judicial ou no processo administrativo - o que não ocorre, por exemplo, com a teoria adotada pela corrente instrumentalista (DINARMARCO, 2003). Esta teoria deverá ser apta a viabilizar a legitimidade das decisões a partir da plena participação dos envolvidos.

## **2.7 Por uma teoria efetivamente geral do processo**

Ainda hoje, início de século XXI, predomina entre nós a teoria do processo como relação jurídica, que, se é historicamente importante por ter sido a responsável pela obtenção de autonomia jurídica do Direito Processual, hoje se mostra incompatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito, na esteira da Teoria Discursiva da Democracia com que estamos trabalhando.

Como ensina Aroldo Plínio Gonçalves (2001, p.73), “o modelo clássico de relação jurídica construiu-se sobre a ideia de que é ela um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico”.

Ora, no paradigma de Estado Democrático em que estamos inseridos, não parece ser possível conceber a existência de uma relação de subordinação entre sujeitos processuais, pois tal estrutura teórica exige vínculos que não existem num processo, seja ele jurisdicional, administrativo ou legislativo.

Assim sendo, temos que

a se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então seríamos sujeitos passivos da prestação. (GONÇALVES, 2001, p.97).

Se adotamos a tese da teoria discursiva de que a questão da legitimidade do Direito será melhor resolvida ao adotarmos a proposta da ampla participação no discurso institucionalizado, com as garantias efetivadas a partir e pela Constituição, então devemos afirmar que a teoria do processo como relação jurídica deve ser abandonada, de vez que a ideia de sujeição entre sujeitos do processo se mostra incompatível com a proposta de Habermas<sup>26</sup>. Portanto, temos que hoje, a noção de processo que melhor se apresenta sob o atual paradigma de Estado Democrático é a Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório, que exige a participação dos interessados no provimento jurisdicional em simétrica paridade.

Vale observar que abandonando a teoria do processo como relação jurídica em favor da teoria do processo como procedimento em contraditório, possibilita-se que se pense numa teoria efetivamente geral do processo compatível com a proposta habermasiana de legitimação das decisões numa democracia, já que estaremos, com esta nova concepção, proporcionando justamente a estrutura teórica necessária à institucionalização do discurso. Isto possibilitará a maior participação possível dos possíveis afetados, e, conseqüentemente, a maior legitimidade das decisões tomadas, seja ela uma decisão *inter partes* num processo jurisdicional comum<sup>27</sup>, seja ela a decisão final num processo legislativo, cujo produto será, por definição, genérico e abstrato.

## 2.8 Síntese do pano de fundo institucional

A democracia tem sido, em seus quatrocentos anos de vida, o sistema em que a busca pela legitimidade dos institutos que regulam a vida da sociedade se apresenta de forma mais coerente, e menos invasiva.

Na Grécia clássica, aparece já como sistema que tolera as particularidades de cada clã e fratria, enquanto, simultaneamente, busca meios de conviver com a presença de novas

---

26 Tal incompatibilidade se mostra tão intransponível que nem adentraremos aqui em outras incompatibilidades existentes entre a teoria do processo como relação jurídica e a proposta de uma teoria efetivamente geral do processo, como, por exemplo, o fato de a jurisdição, e não o contraditório, ser o conceito central na velha teoria.

27 Por “processo jurisdicional comum” queremos nos referir primordialmente às formas de processo jurisdicional diversas do processo coletivo, que demandariam uma outra discussão devido às suas especificidades.

pessoas, que não compartilham daqueles valores iniciais.

A democracia moderna, por sua vez, tem suas raízes ou na consolidação de uma forma de vida que, na prática, não conheceu os governos absolutos (EUA) ou na luta aberta contra um regime absolutista (França).

Na contemporaneidade, ela busca novos caminhos a fim de lidar com sociedades em que a homogeneidade do grupo é mínima, gerada por uma série histórica de fatores tão diversos como uma guerra que deslocou pessoas de suas terras, e decisões econômicas tomadas individualmente em busca de uma vida melhor.

Nesse cenário de homogeneidade mínima, tradicionais institutos da democracia, como o princípio da maioria, ponderado por Direitos Fundamentais, mostram dificuldades em responder à demanda por legitimidade das decisões de Estado. Assim, faz-se necessária a adoção de uma visão procedimentalista da democracia em que se garanta, por meio da institucionalização dos procedimentos de participação, moldados pelas normas constitucionais, a participação do maior número de interessados possíveis, a fim de que, contribuindo todos para a construção das decisões de Estado, se reconheçam em tais decisões como seus co-autores, e as tenham como legítimas, ainda que nem sempre seus argumentos tenham saído vencedores.

E sendo um ponto central deste novo modelo de tomada de decisões a questão da conformação dos argumentos frente a constituição, iremos agora trabalhar com a ideia de filtragem constitucional/ interpretação conforme, de modo a subsidiar nossa posição quanto à possibilidade e necessidade de reler as garantias processuais inseridas na Constituição brasileira sob a ótica do modelo de processo com que estamos trabalhando, qual seja, um modelo de processo como procedimento em contraditório em que a noção de participação dos possíveis interessados no provimento final é efetivamente levada a sério.

Tal posição nos parece particularmente relevante quando se está tratando – como aqui – de processo penal, por ser a esfera do Direito que ataca de modo mais sensível direitos fundamentais das pessoas, o que exige, conseqüentemente, que a tal decisão seja atribuído um elevado grau de legitimidade por parte daqueles que serão diretamente afetados.

Assim, iremos agora tratar da ideia de filtragem constitucional e seus mecanismos.

### 3. Filtragem Constitucional: uma concepção discursiva

#### 3.1 Por um elemento central ao sistema jurídico.

Desde o fim do século passado temos sido expostos a uma série de novas nomenclaturas criadas a fim de definir o período pelo qual estamos passando. Expressões como sociedade de consumo, sociedade da informação, sociedade de massas, etc, se não conseguem transmitir com muita precisão o momento em que estamos, pelo menos conseguem indicar que há algo de diferente em relação ao que havia antes.

Anthony Giddens, analisando este momento, afirma que “estamos alcançando um período em que as consequências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes”. (GIDDENS, 1991, p.13). Por sua vez, Giacomo Marramao (1998), tecendo considerações a respeito desta situação de momento chama atenção para as particularidades que ele apresenta à humanidade, como uma estrutura multicêntrica e, simultaneamente, concentrada, e a volta da relevância do papel das religiões na precipitação de conflitos e desestabilização das nações.

Afirma o filósofo italiano, em *Passado e Futuro dos Direitos Humanos* que:

O mundo globalizado possui, ao contrário, uma estrutura paradoxal: ele é, a um só tempo, unipolar e multicêntrico. Unipolar: do ponto de vista do poder tecnológico-militar, detido (ao menos até hoje) pela superpotência norte-americana. Multicêntrico: do ponto de vista das identidades e das instâncias de “subjetivação” que surgem das diversas áreas do planeta. Mas igualmente paradoxal é a forma que, nesse mundo “glo-calizado”, assume o conflito: a forma – para retomar uma sugestiva expressão de Appadurai – de uma “canibalização recíproca de universalismo hegemônico e particularismo idiossincrático”. O alcance dos desafios e das ameaças implícitas na hodierna “desordem global” (como a definiu recentemente o constitucionalista alemão Erhard Denninger (2005)) nos estimula, portanto, a nos perguntar sobre qual deveria ser a nova dimensão do universalismo dos direitos em um mundo que só pode ser multipolar e, assim, aberto a uma pluralidade de experiências e de narrativas diversas. (MARRAMAIO, 1998, p.171).

Assim podemos afirmar que a caracterização deste período de mudanças radicais parece um consenso entre sociólogos e historiadores, embora suas abordagens sejam, por razões de metodologia mesmo, diferentes. Exemplo disso é a afirmação de que “sessenta anos depois da morte de Hitler, a guerra que ele causou e as consequências do conflito estão

entrando para a História. O pós-guerra na Europa durou muito tempo, mas, afinal, está chegando ao fim”. (JUDT, 2008, p.24).

A mudança mais radical que é possível perceber neste momento, afirma Giddens, diz respeito ao ritmo com que as mudanças, sejam sociais, sejam institucionais, vêm ocorrendo. Segundo ele “as civilizações tradicionais podem ter sido consideravelmente mais dinâmicas que outros sistemas pré-modernos, mas a rapidez da mudança em condições de modernidade é extrema”. (GIDDENS, 1991, p.15).

Uma outra linha de mudanças perceptíveis diz respeito à própria condição humana, ou, ao papel do homem no mundo da modernidade em crise. A desqualificação completa da vida humana presenciada entre 1939 e 1945, em razão das políticas nazistas, notadamente quando Hitler apresenta à questão judaica a “solução final” (ARENDR, 2006, p.98), não foi suficiente para garantir que a dignidade humana fosse, de fato, e não apenas de direito, alçada à condição de princípio básico dos povos.

Características deste momento de transição em que vivemos, como o que Giddens chama de desencaixe, que é o “deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo e espaço” (GIDDENS, 1991, p.29), exige que cada vez mais as relações profissionais se dêem através de instituições, e não de pessoas, contribuindo para que a substitutividade das pessoas seja posta em evidência e até mesmo estimulada.

A sociedade em crise, também é chamada de sociedade de riscos, que, cada vez mais tolerados, acabam por fazer vítimas em escala tão larga que são reduzidas a estatísticas. O ser humano desse momento de transição parece ser aquele descrito por Giorgio Agamben:

Aquilo que define a condição do *homo sacer*, então, não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quanto, sobretudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto. Esta violência – a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele – não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio. Subtraindo-se às formas sancionadas dos direitos humano e divino, ela abre uma esfera do agir humano que não é a do *sacrum facere* e nem a da ação profana, e que se trata aqui de tentar compreender. (AGAMBEN, 2007, p.90).

Em outras palavras, o ser humano, por não ter um papel definido, deixa também de ter valor.

Nesse cenário de ruptura com o modelo que perdurou, essencialmente, das revoluções do século XVIII até algum momento do pós-segunda guerra, o Direito é chamado a criar condições de reestruturação dos conceitos que têm sido centrais no modelo de vida do Ocidente, mas que estão também em xeque neste cenário de transição.

A crise da modernidade afeta de modo particularmente relevante as instituições de delineamento social – característica em que se inclui de modo especial o sistema de persecução penal-, já que elas, ao contrário de outras, não podem simplesmente deixar de existir, devendo então ser reformuladas, a fim de continuar a exercer suas funções.

Algo que nos parece central no modelo que está sendo deixado para trás, é o constitucionalismo. Da Constituição dos Estados Unidos, ao desenvolvimento da teoria da Constituição ao longo dos séculos XIX e XX, podemos perceber que ele foi primordial não apenas no que diz respeito ao desenvolvimento do Direito como ciência, mas também de outros ramos de estudo e das sociedades em que esteve mais presente.

A ideia da Constituição como instrumento jurídico que dialoga com passado e presente, não apenas reafirmando os “fatores reais de poder”, mas sendo ela mesma um fator de modificação da sociedade que regula, modificou o modo como percebemos os direitos humanos, e por consequência, o papel de cada pessoa na construção da legitimidade do ordenamento jurídico e da própria constituição.

A Revolução Francesa fundamentalmente rompe com um regime absolutista, e não apenas isso, pois “o Iluminismo não se resume num pensamento político único. As atitudes divergentes e mesmo opostas ante o absolutismo esclarecido são apenas um exemplo destacado de sua diversidade”.(BACZKO, 2001, p.34), o desenvolvimento daquelas ideias leva o ocidente a aprofundar cada vez mais a investigação acerca da legitimidade do sistema de normas vigente.

Naquele momento rompe-se com esquema de legitimidade focado nas pessoas, como no chamado direito divino dos reis, e passa a se buscar outras formas de legitimar os ordenamentos jurídicos, formas mais compatíveis com os ideais de igualdade e isonomia, e, por consequência, de democracia, que conduziram aqueles processos revolucionários.

Algo que tem papel fundamental nessa transformação é a concepção da força da Constituição. A partir do momento em que passa a ser vista como topo do ordenamento jurídico, condicionando tudo que está abaixo dela, passa a exigir instrumentos de controle desta compatibilidade. Antes disso, faz-se necessário o desenvolvimento de uma teoria da

interpretação jurídica apta a concretizar os ideais que guiaram as revoluções americana e francesa.

Em princípio, surgem instrumentos para controlar a constitucionalidade das leis, tão-somente após o fim do processo legislativo, ou seja, quando já são efetivamente leis. Tanto o sistema de controle concentrado quanto o sistema de controle difuso, quanto os sistemas que são de alguma maneira uma variação deles, como o nosso, adotam tal perspectiva.

Todavia, neste momento de ruptura, algo que se percebe é que este controle estritamente repressivo parece não atender ao volume de questionamentos a ele enviado, de modo que surgem vários problemas, notadamente em razão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, e em razão da insegurança jurídica gerada por uma situação pendente.

Algo que se propõe então para lidar com tal situação é a Filtragem Constitucional<sup>28</sup>, que, a rigor, é um reforço, ou um desenvolvimento dos instrumentos de controle de constitucionalidade, e por consequência, de legitimidade, anteriores ao momento em que a lei começa a produzir efeito, ou mesmo dos instrumentos de controle de constitucionalidade que atuam sobre o que é ainda projeto de lei.

### **3.2 A ideia de Sistema Constitucional**

A principal motivação para se trabalhar numa proposta de algo que vise dar maior coerência ao sistema, como uma “Filtragem Constitucional”, é a percepção generalizada de que o Direito se impõe como um sistema/ ordenamento e, como tal, exige que seja o mais lógico possível, isto é, com o menor número de contradições internas e lacunas (afinal “ordenamento” remete sempre a “organização”).

Alguns pontos que reafirmam essa necessidade de organização do Direito são a necessidade de um cenário de segurança jurídica que possibilite o desenvolvimento de outros

---

28 O termo “filtragem constitucional” é muito próximo ou mesmo coincidente com o de “interpretação conforme”. Todavia, do ponto de vista da imagem que transmite, aquele parece mais amplo que este já que quando se fala em filtrar argumentos, transmite-se a ideia de que antes do argumento ser aceito como válido numa discussão, ele terá que passar pelo crivo do controle quanto a constitucionalidade, enquanto quando se fala de interpretação conforme, geralmente trabalha-se com a readequação de argumentos ou com sua restrição interpretativa para se adequar à Constituição. Em outras palavras, na “filtragem” o controle da adequação constitucional do argumento seria concomitante a sua produção, enquanto na “interpretação conforme” seria posterior. Desta forma, se se atribuir ao conceito de “interpretação conforme” extensão mais ampla, abrangente de todo e qualquer momento em que há produção de argumentos – do processo legislativo ao administrativo -, não há razão para manter a distinção.

aspectos da vida da sociedade, e a necessidade de previsibilidade de comportamento dos cidadãos, que será maior quanto maior for seu conhecimento intrínseco da ordem jurídica a que ele está vinculado<sup>29</sup>.

Nesse sentido, Menezes Cordeiro (2002) afirma:

A ideia de sistema é, assim, a base de qualquer discurso científico, em Direito. A seu favor depõem aspectos como os da necessidade de um mínimo de racionalidade na dogmática, o da identificação das instituições com sistema de ações e de interações ou do próprio Direito como um sistema de comunicações, o do apoio sociológico da estruturação jurídica, o do tipo de pensamento dos juristas, etc. (CORDEIRO, 2002, p. LXV).

Na busca por um conceito de sistema, Claus Wilhelm Canaris (2002) aponta como elementos recorrentes em diversos autores a “unidade” e a “ordenação”. De fato, a ordem interior ao sistema e sua unidade afiguram-se como exigências lógicas para algo que busque coerência tanto do ponto de vista interno, quanto do ponto de vista externo, de um observador que busque compreender o que está examinando.

Por ordenação, pretende-se “expressar um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade” (CANARIS, 2002, p.12), ou seja, o modo como o pretense sistema se organiza internamente. Já por unidade se pretende apontar um fator que não permite “uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais” (CANARIS, 2002, p.12). Ou seja, “unidade” é o instrumento do sistema que permite que ele se diferencie de outros sistemas, sem se fundir ou se confundir com algum outro sistema presente naquele determinado contexto, por meio do auto-referenciamento a princípios que lhe são particulares.

“O papel do conceito de sistema é”, diz Canaris, “o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”. (2002, p.23). Dessa afirmação parece ser possível concluir que a “ideia de sistema” tem também importância no que diz respeito ao conhecimento científico do sistema. Em outras palavras, tem importância na tarefa de transmitir as ideias que compõem aquele determinado sistema de modo que possam ser assimiladas por novos interlocutores, de forma completa o suficiente para que eles possam

---

<sup>29</sup> As ideias de segurança jurídica e cognoscibilidade do comportamento antes de se referirem a ideais do positivismo jurídico clássico, devem aqui ser lidas a partir dos elementos do Funcionalismo extremado (JAKOBS, 2004), vez que se trata de categorias aptas a definir – em tal linha de pensamento – o tratamento jurídico dado às pessoas.

passar a contribuir para seu aperfeiçoamento.

Tal constatação é relevante na medida em que se observa que

A pesquisa eficaz raramente começa antes que uma comunidade científica pense ter adquirido respostas seguras para perguntas como as seguintes: Quais são as entidades fundamentais que compõe o universo? Como interagem essas entidades umas com as outras e com os sentidos? (KUHN, 2006, p.23).

Transpostas para nossa área de trabalho, tais questões parecem indagar sobre quais os princípios gerais orientam o sistema do Direito em determinada cultura? e, como tais princípios se relacionam com outros elementos que afetam de modo significativo a produção do Direito, como a história daquela localidade, as demandas populares por regulamentação ou desregulamentação, e a jurisprudência dos tribunais<sup>30</sup>.

Assim, percebe-se que a compreensão sistemática do Direito irá contribuir para seu desenvolvimento, seja facilitando o ingresso de novos interlocutores, seja garantindo que todos atores tenham consciência das regras que informam a existência do próprio sistema.

No caso específico com que trabalhamos, qual seja, a possibilidade de se atribuir legitimidade a uma argumentação/ decisão fundada em provas obtidas por meios ilícitos, a ideia de um sistema, cujos elementos para serem válidos<sup>31</sup> devem ser compatíveis com uma norma central, deveria determinar que todos os envolvidos neste sistema se comportem de modo a não violar as particularidades do sistema, a fim de se manter de acordo com ele.

Todavia, há dois problemas que interferem de modo decisivo nesta situação. Primeiro, o fato de o Direito interagir com outros sistemas, e por vezes, ter que fazer valer suas regras em cenários em que, por exemplo, os agentes se orientam não pela conformidade com uma norma central, mas pela regra do mercado que determina a busca pelo maior lucro a qualquer custo. Segundo, o fato de o Direito se exprimir por meio da linguagem, e ser ela mesma um sistema sempre dinâmico<sup>32</sup>, cujos significados se alteram em função do tempo, do espaço, dos

30 Diversos teóricos do Direito tentaram responder a tais questionamentos. Para uma síntese daqueles mais relevantes para o estado da arte da Teoria do Direito, ver Adrian Sgarbi, “Clássicos de Teoria do Direito”.

31 Deve-se ter em foco que o termo de referência a validade se apresenta, neste ponto, de forma não técnica, abrangendo tudo o que tecnicamente exigiria os termos “validade” e também “vigência” para ser compreendido. Tal advertência é necessária, pois no paradigma de Estado Democrático de Direito com que trabalhamos a questão da validade se mostra ligada à questão da legitimidade do ordenamento, e não pode ser obtida pela simples referência a normas anteriores e superiores. Deste problema trataremos em momento mais oportuno.

32 Note, por exemplo, que: “A questão da sinonímia é extremamente complexa. Não existe sinonímia verdadeira, já que todos os elementos léxicos são, de algum modo, diferenciados e a língua não é um espelhamento simétrico do mundo”. (FÁVERO, 2006, p.23). (Grifo nosso).

costumes e do grau de instrução dos interlocutores. Aliás, neste ponto vale a lição de Lenio Streck (2005) quando afirma que

A distância temporal, antes de ser um obstáculo, diz Gadamer, é um aliado. E isto ocorre graças à temporalidade. Os modelos metodológico-metafísicos que entendem o ato de interpretação como cindível em distintas partes, *rejeitam a atuação do tempo*. Pretender reproduzir um sentido de um texto é sequestrar a ação do tempo e da história. Trata-se, pois de uma cronofobia. (STRECK, 2005, p.94)

Em que pese a certeza de que estes problemas não podem ser eliminados por completo, a ideia de uma filtragem constitucional pode atuar no sentido de suavizá-los. A filtragem constitucional, nesses casos, apresenta-se não apenas como a exigência de que os argumentos sustentados não contrariem as normas constitucionais, mas, primordialmente, que se institucionalizem as vias pelas quais o Direito dialoga com outros sistemas, a fim de que toda interação se dê dentro de parâmetros constitucionalmente adequados.

Daí a afirmação de que

O significado prático do sistema para a prevenção de contradições de valores não se mostra apenas na questão de saber se o Direito deve, de todo em todo, ser aperfeiçoado, mas também no problema de como deve ocorrer tal aperfeiçoamento (depois da sua admissibilidade já ter sido determinada). (CANARIS, 2002, p.175).

A compreensão do Direito como sistema é uma exigência da forma como ele se apresenta para nós, e o desenvolvimento das características inerentes a tal modo de apresentação deve resultar na renovação de alguns institutos – por exemplo, aqueles de direito processual diretamente relacionados com a legitimação das decisões tomadas no processo jurisdicional -, a fim de se adequarem às novas condições impostas pelo momento de ruptura que estamos vivenciando.

Um dos pontos que deverão sofrer reformulações mais consideráveis com essa concepção de sistema jurídico que tem como centro a Constituição é justamente a interpretação jurídica, já que dentro de modernos marcos filosóficos ela pode ou precisa ser revista, a fim de melhor corresponder à busca pela concretização da Democracia.

### 3.3 A força normativa e a supremacia da Constituição

Há na doutrina (SILVA, 2007; BRITTO, 2003) diversas classificações acerca das normas constitucionais, que buscam esclarecer e facilitar seu entendimento quanto a sua aplicabilidade e/ ou necessidade de regulamentação para que se tornem aptas a gerar efeitos. O objetivo aqui, contudo, não é discorrer sobre as diversas classificações das normas constitucionais, mas afirmar que, independentemente da classificação atribuída à determinada norma, todas elas têm, sempre, no mínimo dois efeitos, quais sejam, o de impedir que qualquer norma infraconstitucional contrária a ela continue a produzir efeitos, e ainda, impedir que se produzam normas contrárias a ela.

É a chamada força paralisante dos preceitos constitucionais. Mesmo que se trate claramente de uma norma de eficácia limitada, cuja aplicação é absolutamente dependente de norma posterior regulamentadora, ela terá força paralisante determinando a cessação de tudo aquilo que lhe seja contrário, pois seria, obviamente, contrário à Constituição. Tal propriedade das normas constitucionais é uma decorrência direta de um dos postulados<sup>33</sup> basilares do constitucionalismo moderno, o chamado *Princípio da Supremacia da Constituição*.

O citado princípio, segundo José Afonso da Silva, implica o fato de que “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”. (2000, p. 48).

O fenômeno tem raízes distantes, o que percebemos ao ver que

Cappelletti anota que no fim do século XVII e princípio do século XVIII, as antigas Cortes Superiores de Justiça, denominadas *Parlements*, ao reconhecerem a superioridade das leis fundamentais do Reino passaram a examinar a validade de éditos reais e de outras leis. (SOUZA CRUZ, 2004, p.81).

Na mesma linha, Álvaro Ricardo de Souza Cruz nos mostra também que

---

33 Apesar do termo utilizado correntemente ser “princípio da supremacia da constituição”, compartilhamos a ideia de que “se vamos abordar a questão de uma distinção entre regras e princípios, desde já deixamos claro que estamos examinando o problema sob o ponto de vista de diferentes espécies de normas jurídicas, o que, de plano, afasta um conjunto amplo que a doutrina usualmente designa como 'princípios' e que, na verdade, são postulados jurídicos, ou seja, tanto condições de possibilidade para o conhecimento quanto condições destrancentalizadas para o reconhecimento da validade desse conhecimento [do] sistema jurídico. Assim, os postulados devem ser entendidos como elementos sem os quais soçobram a coerência, a integridade e a consistência do Direito, sob o ponto de vista propedêutico de um paradigma específico. Desse modo, a 'supremacia da Constituição', 'a unidade', 'a concordância prática', 'a subsidiariedade', dentre outros, devem ser compreendidos como postulados jurídicos...”. (SOUZA CRUZ, 2006, p.37).

Nos Estados Unidos, desde sua independência, a Constituição foi compreendida como um ato normativo superior (*the supreme law of the land*), substituto da *common law* e do Direito Natural como parâmetro para aferição da aplicabilidade das leis. (SOUZA CRUZ, 2004, p. 88).

Como se percebe, a supremacia da constituição é fundamento do controle da constitucionalidade das leis.

O objetivo de tudo isso é demonstrar que, mesmo em situações limite, o legislador ordinário deve ter em foco que a Constituição estará a determinar que o que foi criado em desacordo com seus preceitos é destituído de validade, uma vez que a compatibilidade com seu texto é uma exigência para a validade das normas hierarquicamente inferiores.

Nesse sentido, a afirmação de Konrad Hesse quanto à força normativa da Constituição diz de que

Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. (HESSE, 1991, p.14-15)

Em outras palavras, a força da Constituição é decorrência de sua comunicabilidade com outros sistemas e subsistemas que compõem a sociedade que ela pretende regular, de modo que sua necessária interpretação só será satisfatória se tiver em si a carga de pré-conceitos que circunda estes outros subsistemas. Em suma, a Constituição não é uma força em si mesma, mas é uma força na medida em que adapta a realidade a ela no mesmo instante em que se adapta à realidade.

Conclui-se, neste ponto que

A força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. (HESSE, 1991, p.19).

E vale pontuar por fim que, como aduz Otto Bachof, “a permanência de uma Constituição depende em primeira linha da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe face à comunidade que ela mesma constitui”. (1994, p.11).

No nível do chamado discurso de aplicação<sup>34</sup>, portanto, embora se presuma que se esteja trabalhando com normas válidas, não se pode perder de vista a possibilidade de que mais de uma norma válida mostre-se adequada à situação, e que a escolha da norma a ser aplicada constitui, em alguma medida, uma questão relevante a ser enfrentada.

Nesta situação, a concepção discursiva da legitimidade das decisões com a qual trabalhamos exige que todos os possíveis atingidos pela decisão sejam chamados a apresentar seus argumentos pela escolha de uma ou outra norma.

Ainda, se “é indispensável que o operador do Direito justifique os elementos/ aspectos descritivos da realidade fática, pois certamente assim agindo, ele selecionará as características do caso, as quais considera relevantes e outras tantas que ele desconsiderará” (SOUZA CRUZ, 2004, p.225), tal escolha também deve ser aberta à discussão dos interessados, a fim de que ela também respeite os limites da argumentação, quais sejam, o princípio do discurso e os direitos fundamentais “que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo” (HABERMAS, 2003. v.I, p.154), pois

O princípio do discurso tem inicialmente o *sentido cognitivo* de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do Direito. (HABERMAS, 2003, v. I, p.191).

Isso justifica nossa opção por uma linha diversa da que tem sido usualmente utilizada na abordagem da questão do uso de argumentos lastreados em provas obtidas por meio ilícito. Afinal, se estamos lidando com Processo, especialmente penal, não nos parece razoável

---

34 Na busca por critérios que possibilitem a elevação da legitimidade do sistema, alguns autores têm dividido a questão da fundamentação das normas em dois momentos distintos, quais sejam, o discurso de justificação, identificado com o momento de produção das normas gerais (legislativo, em regra) e o discurso de aplicação, em que se discute a aplicação das normas, gerais e abstratas ao caso concreto. “O discurso de aplicação se caracteriza pela tentativa de considerar *todas as características* de uma situação a *todas as normas* que possam remeter-se a elas. Este desiderato é alcançado mediante o conceito de *coerência* e tem por finalidade a constituição de um sentido de imparcialidade à aplicação”. (GÜNTHER, 2004, p. 17).

qualquer outro marco que não aquele que garanta ao provável afetado pela decisão a participação efetiva no processo.

Quanto ao discurso de fundamentação<sup>35</sup>, por ora vamos nos limitar a afirmar que as ideias com que trabalhamos exigem que os argumentos apresentados se conformem com as imposições do sistema constitucional, e nunca o contrário.

### 3.4 O Cenário Constitucional

Era outubro de 1988 quando se concretizou o movimento de abertura política que permeou os anos de governo militar. Uma nova Constituição que, por definição, é a “lei fundamental de um Estado” (SILVA, 2000, p.39) era promulgada.

Para se compreender o significado ao mesmo tempo simbólico e prático do que é o surgimento de uma nova constituição, devemos ir às origens e ver como tudo começou.

Nos primórdios do constitucionalismo moderno está a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América que surge, em resposta a abusos e desmandos da Coroa Britânica contra as então treze colônias na América, em 4 de julho de 1776. Trata-se do documento em que pela primeira vez há uma manifestação das colônias de forma a caracterizar sua unidade. O último parágrafo do texto se inicia com “Nós, portanto, representantes dos Estados Unidos da América, em Congresso Geral”, e termina por declarar a existência de um novo estado, livre e independente.

Como ensina Bailyn:

A batalha pela restrição do poder desenrolou-se em três etapas ao longo dos 25 anos que durou a Revolução. A luta contra a Inglaterra antes de 1776 marca o início, quando, sob a pressão dos acontecimentos e necessidade de justificar a resistência ao poder estabelecido, os colonialistas desenvolveram uma ideologia complexa, centrada no uso e abuso do poder e na sobrevivência da liberdade não obstante os limites impostos, constituindo assim a ideologia fundadora. Ao longo desses anos, tratou-se de examinar os riscos de um poder centralizado, de justificar a soberania do povo e de provar a necessidade de poderes separados e contrabalançados. (BAILYN, 2001, p. 42).

---

35 O discurso de fundamentação é identificado em geral com o momento da formação das normas – momento que cabe em regra ao legislador – e é informado pelos princípios da democracia e da soberania popular. “O ‘princípio da democracia’ garante que o discurso de fundamentação se abra ao emprego de argumentos pragmáticos e para o uso ético-político da razão prática”. (SOUZA CRUZ, 2004, p. 219). “O ‘princípio da soberania popular’ exige que a legislação expresse a vontade da totalidade dos cidadãos, ou seja, que deixem de ser meramente destinatários do Direito, mas tornem-se seus co-autores”. (SOUZA CRUZ, 2004, p. 220).

No entanto, feita a declaração de independência, internamente não estava caracterizado um novo estado, livre e independente, vez que os vínculos entre as colônias eram ainda os de uma confederação de estados independentes. Era preciso tornar a confederação, uma federação.

Apesar de todas as dificuldades, em 1788 é ratificado o texto elaborado pelos convencionais, reunidos sob a direção de George Washington, que realizava a transição do modelo confederativo, de estados independentes, para o modelo federativo, de estados autônomos, reunidos sob a forma de entes federativos de um ente maior, abrangente de todos eles.

O texto aprovado enfrentou uma série de dificuldades durante e após sua elaboração, havendo mesmo protestos em várias das colônias no sentido de se inviabilizar sua aprovação final. Durante sua formulação, vários assuntos foram deixados de lado, vez que as diferenças políticas e econômicas entre as colônias impossibilitariam que em algumas matérias houvesse consenso. Assim, temas como sufrágio universal e escravidão foram deixados de fora, cabendo a cada Estado legislar sobre ele, nos moldes que lhe conviesse.

A insatisfação com o documento pode ser verificada a partir do fato de que, dos setenta e quatro convencionais que deveriam ter tomado parte na construção da constituição, apenas 39 o assinaram. Segundo consta, “alguns, como Alexander Hamilton e Benjamin Franklin, chegaram até a manifestar publicamente suas contrariedades”.(MACIEL, 2000, p.19).

Como sabemos, aquela mesma Constituição ainda hoje é o texto fundamental dos Estados Unidos, tendo sido acrescentadas algumas emendas, para tratar de assuntos que se tornaram essenciais com a expansão e desenvolvimento do país, notadamente o *Bill of Rights*, pouco tempo depois da promulgação do texto principal. Nas palavras de Bailyn:

Este período desembocou numa dupla constituição que dominou a vida política americana ao longo da história da nação: a organização dos poderes inscrita no corpo da Constituição e a Declaração dos Direitos em dez emendas, que faz eco às aspirações das reformas do Iluminismo. Sem as dez emendas a Constituição nunca teria sido aceita; sem ela, as emendas não teriam sido necessárias. (BAILYN, 2001, p.43).

A longa vida do documento que inaugura o chamado “constitucionalismo”, deve-se não apenas à técnica que acompanhou sua criação, mas especialmente, à sua evolução possibilitada pela interpretação dada pelos tribunais, especialmente pela Suprema Corte, que fez com que o mesmo documento fosse compatibilizado com a sociedade em diversos momentos históricos.

Como se vê, não esperavam que tal instrumento pudesse ter vida longa, o que aconteceu graças sobretudo às interpretações políticas que lhe deram, ao cabo dos anos, grandes juízes como John Marshall, Roger Taney, Oliver Holmes, Benjamin Cardozo, Louis Brandeis, Felix Frankfurter, Earl Warren e William Brennan Jr. De um “filho enjeitado”, tal documento, por sua concisão e simplicidade de linguagem, passou a ser “o mais maravilhoso instrumento jamais esboçado pela mão do homem”, no dizer feliz do Justice Johnson. (MACIEL, 2000, p.19).

Um exemplo claro do papel fundamental dos tribunais superiores na concretização do texto em cada momento histórico pode ser a evolução do princípio da vedação das provas ilícitas no processo penal. Trata-se de norma decorrente do texto da quarta emenda à constituição, portanto parte do *Bill of Rights*, mas que só foi ter aplicação plena em nível federal e estadual no fim da década de sessenta do século XX.

A história constitucional brasileira mostra um caminho bastante diverso, em que se percebe nitidamente que os “republicanos” brasileiros não compreenderam as lições dadas pelos convencionais norte-americanos.

A primeira constituição republicana brasileira, de 1891, pode ser definida, no dizer de Amaro Cavalcanti, citado por José Afonso da Silva, como “o texto da Constituição norte-americana, completado com algumas disposições das constituições suíça e argentina”.(2000, p.81). A intenção talvez fosse a melhor possível, mas a técnica não. Não se atentou naquele momento que a felicidade dos argumentos da Constituição dos Estados Unidos estava no fato dela ter sido feita com base na situação em que eles se encontravam, tomando o cuidado de não abordar temas que gerariam discórdia entre os parlamentos dos Estados, ou mesmo dentro do Parlamento da confederação.

A Constituição de 1934 não é tão bem estruturada quanto a primeira, e traz em seu texto contradições resultantes das múltiplas (e incompatíveis) fontes de inspiração (ou cópia) que lastreou sua criação.

Como mostra José Afonso da Silva,

Adotou, ao lado da representação política tradicional, a representação corporativa de influência fascista. (...) Ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a *ordem econômica e social* e outro sobre a *família, a educação e a cultura*, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição alemã de Weimar. (...) Fora, enfim, um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo. (2000, p.84).

A Constituição de 1937 é, por definição, autoritária. Getúlio, eleito pela assembleia Constituinte, dissolve o legislativo e outorga o novo texto, que inaugura o período conhecido como *Estado novo*, e que cria uma ditadura.

Neste momento buscou-se fortalecer o executivo, concentrando também o poder legislativo nas mãos do presidente da república, que “legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão executivo”.(SILVA, 2000, p.85).

Finda a segunda guerra, consolidada a derrota do nazi-fascismo, começa a tomar corpo um movimento pela redemocratização do Brasil, que resulta na instalação da assembleia Constituinte em fevereiro de 1946. O resultado foi uma constituição baseada nos textos de 1891 e 1934, incapaz de guiar o país a um momento mais próspero, mas apta a cumprir a tarefa de redemocratização.

Durante seus vinte anos, a Constituição de 1946 foi pano de fundo das mais diversas disputas e desencontros políticos, que culminaram com a queda do então presidente João Goulart em 1º de abril de 1964. Tratava-se de um golpe, pouco organizado, e que ao que tudo indica, deve mais à sorte dos golpistas do que à sua capacidade de preparação<sup>36</sup>.

O comando revolucionário expede então o Ato Institucional número 1, em nove de abril daquele ano, mantendo a ordem constitucional vigente, mas impondo cassações e restrições de direitos políticos.

Seguiram-se mais três atos institucionais até a promulgação da Constituição de 1967, que veio consolidar as mudanças operadas pelos referidos atos institucionais.

O texto de 1967 tinha foco na questão da segurança nacional, dando mais poderes à União e permitindo a restrição de direitos civis.

Não obstante as alterações feitas para viabilizar o regime ditatorial, a constituição promulgada não foi suficiente para estabelecer um cenário jurídico sólido, sendo então

---

36 Cf. *As Ilusões Armadas*, de Elio Gaspari, elaborada inicialmente para mostrar como os generais Golbery do Couto e Silva e Ernesto Geisel conduziram a ascensão e o declínio do regime militar, além, é claro, dos devidos “por quê?”.

expedido o Ato Institucional número 5, que rompeu com a ordem constitucional e passava as atribuições da presidência da república aos comandantes das forças armadas, encarregados de elaborar novo texto constitucional, tendo resultado na Emenda Constitucional nº 1 de 1969, da qual se deve dizer que, teórica e tecnicamente, não era emenda, mas Constituição.

A emenda só serviu como mecanismo de outorga, já que se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação lhe foi dada: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*.

O cenário consolidado foi de repressão à liberdades individuais e coletivas, sendo proibidas e reprimidas manifestações contrárias ao regime.

Vinte e um anos depois um novo e diferente capítulo se iniciaria na história constitucional brasileira, quando, reunidos em congresso nacional constituinte<sup>37</sup>, os congressistas promulgaram a Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988.

A nova constituição, democrática, foi em parte uma resposta aos desmandos ocorridos nos anos de regime militar, seguindo a linha de que “o teor e o estilo dos direitos fundamentais revelam enfaticamente a vontade declarada de pessoas privadas que reagem a experiências concretas de repressão e de ataque aos direitos humanos”. (HABERMAS, 2003b, p.123-124).

Ela tem elementos essenciais a uma constituição, como rol de direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, garantidos por uma cláusula de imutabilidade permanente, compreendida no sentido de que não será possível emendar a constituição no que diz respeito a tais direitos e garantias fundamentais, a não ser que seja para ampliá-los.

Tendo por princípio a democracia, a dignidade da pessoa humana e o Estado de Direito, era criado naquele momento um texto constitucional extenso que buscava reestruturar um país que há anos não sabia o que era um regime democrático, e que, certamente, havia perdido a habilidade de se portar como tal.

Hoje, esse texto constitucional, com todas as limitações decorrentes da pluralidade de interesses e concepções que buscou abarcar, impõe-se como alicerce de um desenvolvimento institucional considerável.

---

<sup>37</sup> Vale anotar a posição no sentido de que a Constituição de 1988 é resultado do trabalho do Constituinte derivado, e não do Constituinte originário, por ter sido convocada por emenda à Constituição anterior. Nesse sentido, cf. breve passagem em RAMOS, Saulo. **O Código da Vida**.

Assim, verifica-se a existência de disputas internas que obedecem à procedimentalização imposta pela Constituição, de modo que grandes mudanças podem ser discutidas e planejadas, sem abalar a ordem institucional do sistema, e contribuindo para a consolidação da democracia no país.

A própria discussão em que agora nos envolvemos não teria cabimento senão num cenário de considerável estabilidade democrática, e tem sentido na medida em que busca contribuir para esta estabilidade, ou, indo além, na medida em que se busca concretizar o próprio ideal democrático que desencadeou o processo de redemocratização.

Uma proposta que se faz no sentido de garantir que a Constituição seja entendida como elemento central do sistema jurídico é a da “Filtragem Constitucional”(SCHIER, 1999), que, a nosso ver, tenta dar uma acepção mais ampla à “Interpretação Conforme”.

Schier (1999), ao tratar dos pressupostos da filtragem constitucional, começa por abordar a questão do sistema constitucional, a partir do “diálogo” entre Hesse e Lassale, acerca da força das normas constitucionais. A partir daí ele afirma que

com a filtragem constitucional fala-se da preeminência normativa da Constituição pressupondo uma teoria da norma constitucional que compreenda a sua dimensão normativo-linguística e também material. Bem como, ainda, fala-se de uma teoria da norma englobante da esfera da pré-compreensão do intérprete, enquanto sujeito integrante da realidade e do contexto material do Direito e, de consequência, integrante da própria estrutura da norma (categoria que exige a existência de um caso concreto posto a resolver, não se confundindo com as regras e princípios em sua perspectiva puramente linguística – o enunciado ou texto). (SCHIER, 1999, p.106).

Ele propõe então que as noções de constituição, em sentido formal e em sentido material, sejam abandonadas em favor da ideia de sistema constitucional, e relata que há uma tendência entre constitucionalistas, “no sentido de considerar as noções de constituição em sentido formal e material enquanto duas faces de um mesmo fenômeno: o sistema constitucional”. (SCHIER, 1999, p.85).

Vale apontar, desde logo, a advertência feita por José Eduardo Faria, citado por Schier, de que a unidade teórica da Constituição brasileira de 1988 é algo um tanto delicado, uma vez que ela é

Resultante de impasses de todo o tipo, negociações intrincadas, filtragens sucessivas e coalizões precárias no decorrer de dezenove meses, o projeto aprovado pela

assembleia Constituinte peca por sua falta de unidade lógico-formal, pela ausência de fios condutores entre suas normas, incisos e parágrafos, pela carência de um espírito balizador entre seus capítulos, pela inexistência de identidade e ideologia próprias, pela profusão de casuísmos, arcaísmos e corporativismos ao lado de medidas inovadoras, modernas e democráticas, pela confusão entre temas materialmente constitucionais e formalmente constitucionais e pela conjugação desarticulada entre propostas de caráter estrutural e medidas de natureza meramente conjuntural. (FARIA *apud* SCHIER, 1999, p.93).

Em síntese, o que se propõe é trabalhar com a ideia de sistema sobre um texto que não foi concebido de modo sistemático ou mesmo coerente.<sup>38</sup>

Em que pese não haver um pensamento teórico que tenha guiado a elaboração da Constituição, é preciso não perder de vista que o que há, de fato, de determinante, é o postulado da supremacia da Constituição que “é elemento essencial à constituição do código de funcionamento do Direito. Um código binário que separa o lícito/ constitucional do ilícito/ inconstitucional. Se ele deixa de ser considerado, quem se afasta é o próprio Direito”. (SOUZA CRUZ, 2004, p.242).

A supremacia da Constituição exige que se busque interpretar tanto ela mesma quanto a legislação infraconstitucional de modo que o todo se mostre harmônico.

No atual momento, parece-nos que a melhor via para se chegar à harmonia do sistema, é adotar uma visão discursiva da filtragem constitucional/ interpretação conforme, ou seja, fazer com que os mecanismos de controle da constitucionalidade – preventivo e repressivo - sejam desenvolvidos dentro de um contexto procedimentalista, onde as decisões são tomadas após a realização de debates sobre o tema, debates em que se deve garantir a participação de todos os interessados, a fim de que a força da decisão se dê em razão do melhor argumento e que, a legitimidade de tal decisão, ainda que ela venha de um tribunal superior ou de um órgão especial do parlamento não seja afetada por qualquer tipo de decisionismo.

Se, como parece, a questão central acerca da filtragem constitucional diz respeito à compatibilidade das decisões de um Estado com a Constituição, a fim de garantir que todas as

---

38 Vale observar que, embora o texto constitucional abarque uma série de correntes e concepções sobre os mais variados assuntos, o sistema jurídico repudia incoerências, e o faz por meio de uma série de princípios que orientam todos os seus ramos. Como exemplo de mecanismos de repúdio a tais incoerências – que são inclusive chamadas de “aparentes” – temos, no Direito Constitucional, todas as derivações do princípio da Supremacia da Constituição, como o da interpretação conforme e a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; no Direito Processual Penal, todas as derivações do princípio do *Favor Rei*, como o da presunção de inocência que, segundo Ferrajoli (2006, p. 103), resolve a incerteza a favor do acusado; no Direito Penal, princípios como o da subsidiariedade, da fragmentariedade, da consunção e da adequação social; no Direito Tributário, os princípios da vedação da bi-tributação, da vedação do *bis in idem*, etc.

decisões, específicas ou genéricas, sejam tidas como legítimas por seus destinatários, então é importante analisar como a busca pela legitimidade se impõe em cada situação.

No dizer de Ingeborg Maus:

Em nenhum nível do processo de decisão o poder político pode simplesmente legitimar-se pelo direito que ele mesmo normatizou. O legislador legitima-se, seja através da observância das normas processuais da constituição, seja através da vontade popular atual que o precede; porém nunca através de leis simples, elaboradas por ele mesmo. Somente as instâncias que aplicam o direito legitimam-se pelo simples direito; isso, porém, impede que elas mesmas o normatizem. Tal estrutura proporciona, ao mesmo tempo, um desconhecimento matizado de destinatários de decisão concretos no complexo de instâncias do Estado de direito... (MAUS *apud* HABERMAS, 2003, p.324).

Alguns pontos devem ser destacados. Quanto às instâncias que aplicam o Direito, sua legitimação não se dá apenas pelo próprio Direito, mas, mais que isso pela aplicação/ interpretação conforme a Constituição.

Com isso queremos dizer que para o controle e a concretização dos preceitos constitucionais no caso concreto não basta a mera referência a uma norma produzida em conformidade com o devido processo legislativo. É preciso ainda que a interpretação/ concretização conforme a Constituição aconteça também no momento de aplicação da norma ao caso em análise.

Em que pese isso parecer contrariar a legitimidade daquele que produziu a norma, na prática isso deve ter outro efeito, qual seja, possibilitar que a lei a ser aplicada seja discutida no caso concreto, em que a riqueza de detalhes pode fazer surgir questionamentos e situações para as quais não se atentou no curso do processo de produção da lei.

Tal concepção não nos parece apenas a melhor possível, mas, na verdade, parece-nos a única possível diante do atual quadro da filosofia. De fato, se assumimos como correta as concepções acerca de uma interpretação sem métodos e concretizadora, que depende do diálogo constante entre intérprete e texto, outra saída não há se não uma prática jurídica que prime pelo constante debate entre os diversos pontos de vista que atuam num processo.

Trata-se essencialmente de um mecanismo para fazer valer o conceito de força normativa da Constituição adotado. Busca-se chegar a tal objetivo sustentando-se que em todo e qualquer momento que existir espaço para uma decisão ser tomada, este espaço deverá ser

preenchido pela chamada dos possíveis interessados para que apresentem seus argumentos, e pela conformação dos argumentos, e, por consequência, da decisão tomada, com os preceitos constitucionais. Em outras palavras, o controle da concretização dos preceitos constitucionais não é atribuído aqui a um órgão específico, mas, aos envolvidos no caso concreto.

Em seguida trabalharemos com o Princípio da Exclusão – ou da vedação das provas ilícitas -, tal como concebido pela Suprema Corte dos Estados Unidos e apropriado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, de forma verificar se tal construção (Princípio da Exclusão) preenche os requisitos de legitimidade das decisões judiciais impostas no atual paradigma democrático. No caso brasileiro, mostraremos que a apropriação da construção da Suprema Corte pelo STF se deu apenas de forma instrumental, ou seja, sem respeitar os aspectos procedimentais que viabilizaram sua conformação constitucional e sua aceitabilidade entre os jurisdicionados nos Estados Unidos.

## 4. A Fundamentação do Princípio da Exclusão: análise hermenêutica da vedação das provas ilícitas no processo penal

### 4.1 Introdução

Como parte de uma série de outras garantias processuais, a Constituição brasileira de 1988 determina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”, corolário de um dos princípios base do estado de direito, qual seja, o do devido processo legal.

A referida garantia é uma constante nos ordenamentos jurídicos ocidentais, e tem sua origem usualmente associada ao caso *Weeks v. United States* (DRESSLER, 1997, p. 320) julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1914, em que, com base na “Quarta Emenda” à Constituição americana<sup>39</sup>, se entendeu que a garantia prevista aplicava-se apenas a crimes federais.

Não obstante, de acordo com Walter Pakter, citado por Yue Ma (1999) há registros de anulação de processos em razão de buscas ilegais na França já em 1672, e, mesmo no século XX, há registros da exclusão de provas em razão da ilegalidade da busca e apreensão na França em 1910, portanto, quatro anos antes da correlata decisão nos Estados Unidos.

No Brasil, há construção jurisprudencial de tal garantia já antes da atual Constituição, notadamente no *Habeas Corpus* 63.834 de 18/12/1986, de relatoria do ministro Célio Borja.

Sob o atual regime constitucional o *leading case* na matéria é o HC 69.912, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, em que, todavia, a discussão é mais focada na questão da prova ilícita por derivação, uma vez que se assume, em razão da regra explícita da inadmissibilidade trazida no corpo da Constituição, que não há de se discutir a regra objeto deste estudo.

Desta feita, a nosso ver, a base teórica desta garantia processual nos ordenamentos jurídicos ocidentais remonta, invariavelmente, à elaboração da Suprema Corte dos Estados Unidos acerca da regra prevista na Quarta Emenda.

Iniciaremos abordando a evolução da regra da inadmissibilidade das provas ilícitas no

---

39 “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”. *The Constitution of the United States of America*. Disponível em [www.constitution.org](http://www.constitution.org). Acesso em 20/05/2008.

processo penal na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, ou seja, como se deu a construção da garantia chamada de *Exclusionary Rule* a partir da regra da ‘Quarta Emenda’. Posteriormente, traremos o posicionamento corrente da jurisprudência e da doutrina brasileira sobre tal regra. Por fim, passaremos a analisar os argumentos utilizados na construção de tal garantia, a fim de identificar as correntes teóricas que servem de base a esta garantia, a fim de questionar se, dentro da proposta de compreensão fazzalariana do processo - como procedimento em contraditório -, passando por uma releitura a partir da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas, tal regra deve subsistir nos termos absolutos em que se encontra atualmente na doutrina pátria.

#### 4.2 A ‘Quarta Emenda’ e a *Exclusionary Rule*

Estudar o sistema de justiça criminal dos Estados Unidos exige que duas tarefas sejam cumpridas simultaneamente. É preciso entender como os precedentes judiciais promovem o desenvolvimento do sistema e, também, como os profissionais do Direito lidam com a questão dos precedentes.

É preciso, ainda, contextualizar desde logo os textos legais com os quais estaremos trabalhando, a fim de restar claro que as posições mais “liberais” ou “conservadoras” (DRESSLER, 1997, p.17) que serão apontadas dizem respeito tão-somente à série de problemas relacionados com os dispositivos legais que dizem respeito ao sistema de justiça criminal.

O foco deste capítulo está na chamada “Quarta Emenda” à Constituição. Vale lembrar desde já que o conjunto das dez primeiras emendas, conhecido como *Bill of Rights* se deu no mesmo momento histórico da aprovação da Constituição dos Estados Unidos, qual seja, o fim do século XVIII e início do XIX. Todavia, em certo momento haverá referências à “14ª emenda”, incorporada ao texto constitucional na segunda metade do século XIX.

O *Bill of Rights* contém uma série de dispositivos que dizem respeito ao sistema criminal, notadamente na quarta, quinta e sexta emendas.

Apesar da clareza que tais textos têm para nós atualmente, eles permaneceram em grande parte inexplorados até o início do século XX. Daí alguns autores falarem em *criminal justice revolution* (LaFAVE, 1993, p.1) quando se referem ao desenvolvimento proporcionado

pela Suprema Corte nesta seara, a partir, notadamente, de 1914.

Por se tratar da formação de um país a partir da transformação de uma confederação numa federação, havia – e ainda há - sérias preocupações referentes à excessiva centralização de poder no ente federal.

Em razão destas preocupações foi criado o *Bill of Rights*, que trazia regras “projetadas como limitações ao poder do governo federal, e que não foram planejadas para restringir as ações dos governos dos Estados”. (DRESSLER, 1997, p.322).

A estrutura como foi concebido o *Bill of Rights* criou um problema maior do que a própria compreensão de seus dispositivos, qual seja, a questão de sua aplicação em sede estadual.

Em princípio, poder-se-ia dizer que, em razão do objetivo definido das emendas, não haveria por que se questionar sobre sua aplicação nos estados. Todavia, essa separação rígida das regras do sistema federal para os sistemas estaduais causaria um sério problema de incoerência caso os Estados-membros não tomassem, por si sós, medidas a fim de adaptar suas legislações ao modelo federal estabelecido nas emendas constitucionais do século XVIII.

Em síntese, podemos sumarizar a situação que se apresentava ao Judiciário americano no início do século XX como carente de regras definidas em âmbito do sistema de justiça criminal federal e, tão logo tais regras começaram a ser estabelecidas, a Suprema Corte foi questionada se tais regras teriam aplicação nos Estados-membros em nome de uma integridade judicial.

A “*4th amendment*” traz, basicamente, normas de proteção contra busca e apreensões não razoáveis, e cria regras para a emissão de mandados de busca e apreensão.

Fato é que uma norma sem uma sanção definida, em muitos casos, resulta em uma regra sem força alguma. No intuito de se dar força àquelas regras, a Suprema Corte dos Estados Unidos, a partir do caso *Weeks v. United States*<sup>40</sup> (1914), criou a regra hoje conhecida como “princípio da exclusão” (*exclusionary rule*), a determinar que provas obtidas ilicitamente não seriam aceitas no processo.

No referido caso, a polícia estadual do Kansas entrou na casa de Fremont Weeks e apreendeu documentos que foram usados para condená-lo pelo delito de transportar bilhetes de loteria pelo correio. Posteriormente, os agentes estaduais voltaram à residência de Weeks, acompanhados por um U.S. Marshal, e apreenderam mais documentos e cartas, inclusive

---

40 232 U.S. 383 (1814)

retirando-os de dentro de armários. Simultaneamente, Weeks foi preso, sem mandado, em seu trabalho, *Union Station* da cidade de Kansas. Weeks foi condenado. Tanto a primeira apreensão, conduzida apenas por agentes estaduais, quanto a segunda, conduzida por um agente federal, foram realizadas sem mandado de busca e apreensão. (OYEZ Project, 2008).

Os advogados de Weeks conseguiram levar o caso à Suprema Corte sustentando que a atuação das organizações policiais envolvidas violavam diretamente o disposto na Quarta Emenda.

Num julgamento unânime a Corte de White<sup>41</sup> considerou que os fatos ocorridos eram efetivamente incompatíveis com a regra do *Bill of Rights*, de modo que tais provas deveriam ser excluídas do processo.

Assim, a Suprema Corte criava a *exclusionary rule*, uma garantia contra eventuais violações à regra para a busca e apreensão.

O princípio da exclusão, nos moldes como foi concebido, teria duas finalidades. A primeira seria desencorajar ações policiais ilegais, vez que os policiais saberiam que as provas obtidas fora das regras não poderiam ser utilizadas no processo. A segunda seria o imperativo de integridade judicial. (DRESSLER, 1997, p.324).

Estabelecida tal garantia, seria uma questão de tempo até a Suprema Corte ser questionada sobre sua aplicação em sede estadual, o que veio a acontecer em *Wolf v. Colorado* (1949), sendo o voto condutor elaborado pelo *Justice*<sup>42</sup> Frankfurter. No caso, Julius Wolf foi condenado pela justiça do Estado do Colorado pelo crime conspiração para cometer aborto - que era uma ofensa estadual - com base em provas que violariam a regra da quarta emenda estabelecida no caso *Weeks v. United States*.

A defesa sustentou que a decisão, confirmada inclusive pela Suprema Corte do Estado do Colorado, seria uma afronta à cláusula do *due process* prevista na seção um da décima quarta emenda à Constituição americana. Argumentava-se, basicamente, que tal cláusula geral do devido processo seria uma fórmula de extensão das regras procedimentais do *Bill of Rights* para os Estados-membros, de modo que deveria ser respeitado o precedente *Weeks*.

A tese da fórmula de extensão, todavia, já havia sido repetidas vezes rejeitada pela Suprema Corte, sendo uma questão, nas palavras do “relator”, “encerrada”<sup>43</sup>. Contudo,

---

41 A expressão “Corte de...” é seguida do nome do presidente da Suprema Corte na época a que se está referindo.

42 “*Justice*” é o nome que se dá aos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos.

43 No original, “the issue is closed”.

importante ressaltar que, apesar da posição do relator, em seu voto tipo *concurring*<sup>44</sup>, o *Justice* Hugo Black se posicionou, como já havia feito em outros casos, no sentido de que a décima quarta emenda era de fato um meio de se fazer aplicar a regra da quarta emenda ao âmbito estadual. Disse ele:

Não é inapropriado repetir minha crença de que a décima quarta emenda pretendia fazer a quarta emenda, em sua totalidade, aplicável aos Estados-membros. A quarta emenda foi criada para proteger as pessoas contra busca e apreensões irrestritas efetuadas por xerifes, policiais e outros agentes legais. Tal proteção é essencial a uma sociedade livre<sup>45</sup>. (BLACK, WOLF V. COLORADO, 338 U. S. 25 (1949)).

Na conclusão do voto condutor da maioria, porém, o *Justice* Frankfurter se posicionou no sentido de que “num processo perante uma Corte estadual, por um crime estadual, a décima quarta emenda não proíbe a admissão de provas obtidas em uma busca e apreensão não razoável”<sup>46</sup>. (FRANKFURTER, [338 U.S. 25](#), 1949). Este precedente só seria superado totalmente em *Mapp v. Ohio*, de que trataremos em breve.

No entanto, foi só em *Rochin v. Califórnia*<sup>47</sup> (1952) que ficou claro que se tentaria aplicar o princípio da exclusão, ainda que de modo mais restrito do que o previsto na Quarta Emenda, ao âmbito estadual.

Neste caso, três auxiliares do xerife do condado de Los Angeles entraram sem mandado na residência de Rochin. Os policiais viram duas cápsulas sobre um criado-mudo. Imediatamente Rochin as pegou e as engoliu, sendo agarrado pelos policiais que tentaram fazer com que ele expelisse as cápsulas. Depois dessa tentativa fracassada da polícia, Rochin foi algemado e conduzido a um hospital, onde teve as cápsulas retiradas de seu estômago. Testes posteriores concluíram se tratar de morfina.

O caso chegou à Suprema Corte que determinou a exclusão das provas que haviam sido obtidas por meio de uma “conduta que choca a consciência”. (LaFAVE, 1992, p.106).

No voto condutor da decisão da Corte, o *Justice* Frankfurter, falando sobre a cláusula

---

44 *Concurring* é um termo utilizado para designar um voto, num tribunal, em que o juiz que está votando chega à mesma conclusão da maioria, mas através de um fundamento jurídico diferente.

45 No original: It is not amiss to repeat my belief that the Fourteenth Amendment was intended to make the Fourth Amendment in its entirety applicable to the states. The Fourth Amendment was designed to protect people against unrestrained searches and seizures by sheriffs, policemen and other law enforcement officers. Such protection is an essential in a free society. (BLACK, WOLF V. COLORADO, 338 U. S. 25 (1949)).

46 No original, “We hold, therefore, that in a prosecution in a State court for a State crime the Fourteenth Amendment does not forbid the admission of evidence obtained by an unreasonable search and seizure”. ([338 U.S. 25](#)).

47 342 U.S. 165 (1952)

do *due process*, afirmou:

O respeito pelas exigências da cláusula do devido processo inescapavelmente impõe a esta corte um exercício de julgamento ao longo de todo o procedimento (resultando em uma condenação), no sentido de verificar se ele ofende os cânones de decência e equidade que expressam as noções de justiça dos povos de língua inglesa, inclusive em relação àqueles acusados pelos mais hediondos crimes. (...) A cláusula do devido processo legal é uma garantia constitucional de respeito àquelas imunidades que, como o *Justice* Cardozo escreveu duas vezes para a Corte, 'estão tão enraizadas na tradição e consciência de nosso povo que podem ser qualificadas de fundamentais', 'ou são implícitas no conceito de liberdade ordenada'. (FRANKFURTER, 342 U.S. 165 (1952)).<sup>48</sup>

“A Corte concluiu que a regra do devido processo da décima quarta Emenda proíbe o uso em julgamentos de provas, ainda que de natureza confiável, obtidas de maneira que viole certos níveis de conduta civilizada”. (DRESSLER, 1997, p.321).

Como se pode observar, apesar de não referir a decisão diretamente à Quarta Emenda, a Suprema Corte interpretou a regra do devido processo da décima quarta emenda<sup>49</sup> – emenda esta que diz respeito aos Estados-membros, e não ao governo federal – de modo a fazer valer algumas convicções surgidas a partir da elaboração da *exclusionary rule*.

O passo seguinte seria a aplicação da regra da exclusão em sua totalidade aos casos estaduais. Tal decisão seria tomada pela Corte de Warren em 1961, no caso *Mapp v. Ohio*.<sup>50</sup>

A polícia de Cleveland recebeu uma denúncia anônima de que Delree Mapp e sua filha estariam abrigando um suspeito de explosões. Eles se dirigiram à residência de Mapp e exigiram entrar. Mapp ligou para seu advogado e, sob sua orientação, negou a entrada aos policiais em razão de eles não terem um mandado de busca e apreensão. Os policiais chamaram reforços e, após algumas horas, forçaram a entrada na casa. Os policiais mostraram

---

48 No original: “Regard for the requirements of the Due Process Clause ‘inescapably imposes upon this Court an exercise of judgment upon the whole course of the proceedings [resulting in a conviction] in order to ascertain whether they offend those canons of decency and fairness which express the notions of justice of English-speaking peoples even toward those charged with the most heinous offenses’. (...) Due process of law is a summarized constitutional guarantee of respect for those personal immunities which, as Mr. Justice Cardozo twice wrote for the Court, are ‘so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental’, or are ‘implicit in the concept of ordered liberty’. (FRANKFURTER, 342 U.S. 165 (1952))

49 “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. *The Constitution of the United States of America*. Disponível em [www.usconstitution.net](http://www.usconstitution.net). Acesso em 20/05/2008.

50 367 U.S. 643 (1961)

um papel alegando se tratar de um mandado, mas quando Mapp pegou o papel do policial, este revidou tomando o papel da moradora e a algemando. Os policiais não encontraram o fugitivo, mas encontraram materiais considerados “obscenos”. Mapp foi condenada com base em tais provas. (OYEZ Projetc, 2008).

A Suprema Corte do estado de Ohio admitiu as provas alegando que elas foram apreendidas “pacificamente” sobre móveis, e não com a utilização de violência contra uma pessoa.

O caso foi à Suprema Corte que o utilizou para superar o precedente criado em *Wolf*. A Corte de Warren determinou que “o princípio da exclusão se aplica a julgamentos estaduais nos mesmos moldes que se aplica nos julgamentos federais desde *Weeks*” (DRESSLER, 1997, p.323), consolidando naquele país o que hoje chamamos de Princípio da Exclusão.

Temos agora a necessidade de conhecer a situação em que se encontra a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas no Brasil, a fim de compreender a influência da construção da Suprema Corte dos Estados Unidos no desenvolvimento deste instituto em nosso ordenamento, e de questionar se não falta à versão brasileira do princípio da exclusão a densidade axiológico-normativa que encontramos na origem – resultado dos anos de debates gastos no desenvolvimento da referida regra.

#### **4.3 A Regra da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal brasileiro**

A Constituição brasileira de 1988 trouxe em seu artigo 5º, LVI, dispositivo a determinar que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”.

A redação dada parece indicar uma elevada rigidez do texto, havendo inclusive quem defenda a ideia de que o texto constitucional não dá espaço interpretativo algum para uma eventual tese da flexibilização da referida garantia. Daí se afirmar que “a presunção de inocência e a indisponibilidade do direito fundamental ameaçado, a liberdade pessoal, acarretam uma proibição absoluta de utilização de provas ilícitas em favor da acusação”. (GRECO, 2002, p.38). Esta conclusão parece razoável, já que o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico. (BARBOSA MOREIRA, 1995).

Tal interpretação parece, *a priori*, satisfatória, todavia, duas ponderações a esta corrente devem ser logo ofertadas. Primeiro, é importante ter em vista o momento histórico

em que se deu a elaboração de nossa atual Constituição, vez que é indiscutível que o teor fortemente garantista do texto é um reflexo – ou resposta – direto do momento histórico imediatamente anterior, qual seja, uma ditadura militar repressiva cujo fim<sup>51</sup> se deu mais pela decisão de um presidente militar do que pela efetiva participação popular, e uma ditadura que utilizava métodos não aceitáveis para a obtenção de informações, assumidamente<sup>52</sup>.

A outra objeção diz respeito ao fato de nossa Constituição trazer um número de direitos e garantias tão amplo que é preciso sempre harmonizar suas normas por via da interpretação, ou seja, vale a máxima, aceita pela jurisprudência<sup>53</sup> e pela doutrina<sup>54</sup>, de que não há direitos e garantias absolutas na Constituição.

Apesar daquela posição mais radical – ou garantista –, verifica-se na doutrina nacional certa inclinação no sentido de que a norma do inciso LVI da Constituição deve ser relativizada, e que o instrumento apto a tal relativização seria o princípio da proporcionalidade. Pode-se fazer tal afirmação a partir da conclusão de que

Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada. (FERNANDES, 2002, p.88).

No mesmo sentido da colocação feita por Antônio Scarance Fernandes (2002) caminha a maior parte da doutrina nacional. Todavia, há discussão quanto à amplitude dos efeitos do princípio da proporcionalidade nesta relativização, havendo quem defenda que ele só admite

51 “Ora o sujeito vai conversar com os políticos, ora dar coice nos políticos, fecha o Congresso, abre o Congresso, e vivemos nessa porcaria. Temos que ver se melhoramos esse quadro...”. Diálogo entre o Gal. Ernesto Geisel e o Gal. Dale Coutinho, em 16 de fevereiro de 1974. (GASPARI, 2003).

52 “Geisel: ‘Porque antigamente você prendia o sujeito e o sujeito ia lá para fora. (...) Ó Coutinho, esse troço de matar é uma barbaridade, mas eu acho que tem que ser’”. (GASPARI, 2003).

53 A título de ilustração: “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das liberdades públicas, uma vez respeitados os termos estabelecidos pela própria constituição”. STF MS 23.452 Rel. Min. Celso de Mello.

Ainda: “É importante registrar que, na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art.5º da Constituição Federal (*sic*), e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos.” STF HC 93250 Rel. Min. Ellen Gracie.

54 “A leitura da Constituição brasileira mostra que essas limitações são, às vezes, expressamente previstas no Texto. Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, *a*, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada. Não há, portanto, em princípio, que fala, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.231).

relativizações *pro reo*, e quem defenda que ele seria apto também a relativizar a regra constitucional *pro societate* (BARBOSA MOREIRA, 1997).

É preciso então reconstruir, ainda que brevemente, a teorização moderna<sup>55</sup> da proporcionalidade<sup>56</sup>, que ganhou notoriedade com a formulação da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy (2008).

Alexy (2008) propôs-se a elaborar uma “teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã” (ALEXY, 2008, p.32). Numa determinada etapa de seu trabalho, ele chega a uma discussão acerca das normas enunciadoras de direitos fundamentais, que, segundo ele, “compartilha[m] de todos os problemas que dizem respeito ao conceito de norma” (ALEXY, 2008, p.51).

Depois de percorrer algumas construções acerca de normas de direitos fundamentais, Alexy chega ao ponto que nos interessa mais de perto, qual seja, a análise da estrutura de tais normas. A análise está concentrada na distinção entre regras e princípios.

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p.85).

Vale destacar que boa parte dos critérios destacados por Alexy aparecem com pouco ou nenhum critério nos “manuais” dos diversos ramos do Direito. Por exemplo, a distinção feita entre normas, regras e princípios, que “virou moda”, havendo uma enormidade de textos que dela tratam “como se ela de tão óbvia, dispensasse maiores aprofundamentos” (SOUZA CRUZ, 2006, p.38).

Alexy propõe um conceito próprio de princípios e de regras, compreendidos como espécies de normas, a seu ver apto a superar o “grau de generalidade”<sup>57</sup> como critério

---

55 Falamos em “teorização moderna” em razão do fato de que a ideia de proporcionalidade é trabalhada pela jurisprudência brasileira já num período muito anterior à elaboração do Catedrático da Universidade de Kiel Robert Alexy. De fato, a decisão mais antiga do Supremo Tribunal Federal a usar o termo “proporcionalidade” é o RE14.136-PA, rel. Min. Aníbal Freire, em 1950, em que a ideia de proporcionalidade foi utilizada num caso de Direito Tributário, relativo ao extinto “imposto de indústria e profissões”. O segundo julgamento do STF a se valer da “proporcionalidade” foi o RMS 1938, de relatoria do Min. Nelson Hungria, em 1953, em que se discutia questão relativa a transferência de cotas numa sociedade de responsabilidade limitada. Todos muito anteriores à obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, 1986.

56 Desde já, contudo, deixamos claro que não temos pretensão de criticar a obra de Alexy, mas o uso que dela se faz por parte da doutrina processual penal brasileira, conforme se verá no momento adequado.

57 O critério de generalidade dos princípios frente às regras é constante na doutrina jurídica brasileira, em geral nos seguintes moldes: “O princípio domina as regras particulares, as quais se submetem ao parâmetro fixado por aquele. (...) Os princípios são de natureza ideológica, o que estaria a explicar quer a sua força, quer a sua fraqueza, pois que são capazes de inspirar a ação do legislador, mas não têm a força para o conter de maneira

diferenciador.

Princípios seriam mandamentos de otimização, ou seja, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p.90), podendo ser efetivados em maior ou menor nível, a depender da situação.

Regras, por sua vez, seriam “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas” (ALEXY, 2008, p.91), não cabendo falar em maior ou menor grau de realização.

A diferença entre tais concepções fica clara quando se analisa o modo de solução de conflitos de normas (conflitos entre princípios, e entre princípios e regras).

O conflito entre regras se resolve de forma simples: havendo duas regras que tratam do mesmo assunto de forma incompatível, ou uma delas deverá ser excluída do ordenamento, ou uma cláusula de exceção deve ser criada a fim de viabilizar a co-existência. Em outras palavras, as regras se aplicam na forma “tudo ou nada”, e seu conflito se resolve no campo da validade.

Já o conflito de princípios não pode ser resolvido de tal forma, já que seu conceito traz sua maleabilidade, a saber, a possibilidade de sua efetivação em maior ou menor grau. Assim, diversamente das regras, o conflito de princípios deve ser resolvido na dimensão do peso, já que “só podem entrar em colisão princípios válidos” (ALEXY, 1993, p.89). Daí surge a lei de colisão, ou lei de ponderação.

Alexy apresenta uma situação em que, isoladamente, há princípios em ambos os lados com força suficiente para fundamentar uma decisão.

Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, 'por si só, de prioridade'. O 'conflito' deve, ao contrário, ser resolvido 'por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes'. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”. (ALEXY, 2008, p.95).

A lei da ponderação determina que consideradas as situações do caso em discussão, um dos princípios aptos a resolver o caso deverá ser escolhido, e o critério para tal escolha será a fixação de um feixe de circunstâncias capazes de estabelecer uma precedência condicionada. Haverá esta precedência condicionada quando houver “razões suficientes para que  $P_1$  prevaleça sobre  $P_2$  sob as condições  $C$ , presentes nesse caso concreto” (ALEXY, 2008,

---

eficaz”. (FONSECA, 2004, p.47).

p.97).

Alexy trabalha os princípios como “mandados e otimização” (ALEXY, 2008, p.90). Em que pese a relevância que tal proposta teve no desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica, sendo inclusive uma técnica recorrente na jurisprudência, essa proposta aproxima a ideia dos princípios da ideia de valor. No dizer de Luis Roberto Barroso:

Quanto ao conteúdo, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são valores. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são *fins* públicos. (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p340).

É preciso então estabelecer desde já uma crítica a tal concepção de princípios, qual seja, o risco de interpretar axiologicamente o processo penal. Esse risco consiste em permitir a manipulação do processo mais como instrumento de política (criminal inclusive) do que como garantia fundamental dos cidadãos. Daí vale transcrever o alerta de Alexandre Morais da Rosa do sentido de que:

As regras do jogo democrático devem ser garantidas de maneira crítica e constitucionalizada, até porque com '*Direito Fundamental*' (e as normas processuais o são) não se transige, não se negocia, defende-se, deixou assentado Ferrajoli. Dito de outra forma, as regras do jogo devem ser constantemente interpretadas a partir da matriz de validade Garantista (...). (ROSA, 2008b, p.71).

E na mesma linha a crítica de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, referente às recentes reformas do Código de Processo Penal:

Se a salvaguarda dos direitos e garantias individuais no processo penal é o melhor critério pelo qual se pode medir o grau de civilidade de um povo (PISAPIA, 1985, p.26), mais cuidado se pede ao se reformar aquele que talvez seja, dentre todos os ramos do direito, o que maior impacto exerce sobre a vida humana e especialmente sobre aquela vitimada pela desigualdade no acesso às condições mínimas de vida. Falar apenas em celeridade como parâmetro de justificação política neste caso é mais uma reafirmação do princípio da eficiência que pauta os sistemas penais em tempos de neoliberalismo. (COUTINHO, 2009, p.229).

Em suma, a ideia de celeridade processual vem impondo uma espécie de inversão de valores no Direito Processual, privilegiando o tempo, do ponto de vista do sujeito passivo da relação de direito material, e não a garantia constitucional do devido processo, que seria o ponto de vista do sujeito passivo do direito processual. E esta situação é, por si mesma, uma

primeira objeção ao uso da construção de Alexy.

Há ainda considerações de ordens diversas acerca dos efeitos das provas ilícitas no processo, como aponta Leonardo Greco (2002) quando, ao tratar da imparcialidade do juiz, traz o aspecto da “contaminação psicológica” do magistrado que teve contato com a prova posteriormente desentranhada dos autos.

Enquanto, como visto, é possível verificar uma série de divergências e particularidades sobre o tema na doutrina brasileira, a mesma riqueza de discussão não tem lugar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Uma das primeiras manifestações do STF sobre o tema se deu no julgamento do HC 69.209-5 SP, de relatoria do ministro Marco Aurélio, em março de 1992, em que se discutia validade de provas produzidas num processo referente ao crime de concussão (art. 316, CP). No caso, um advogado passou a gravar as conversas mantidas com algumas vítimas, entre elas o paciente, e o advogado inicialmente contratado para a causa. O paciente alegou, inclusive a impossibilidade de tal procedimento ter sido autorizado judicialmente.

O tribunal indeferiu o *habeas corpus* sob o argumento de havia outras fontes, independente da fonte viciada, aptas a manter a condenação do paciente. Trata-se da exceção à inadmissibilidade das provas chamada de “teoria da fonte independente” no direito norte-americano.

Posteriormente, o tribunal voltou a se manifestar sobre o tema no julgamento do HC 69.912-0 RS, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, em junho de 1993. Neste caso, o paciente e dois co-réus foram denunciados por tráfico de drogas descoberto em razão de escuta telefônica autorizada judicialmente, nos termos do Código de Telecomunicações. Deu-se, todavia, que na data do ocorrido já estava em vigor a norma constitucional que exigia lei que regulasse a interceptação telefônica, mas a referida lei ainda não havia sido editada.

O Tribunal manteve o posicionamento anterior, afirmando o ministro Carlos Velloso que

De acordo com o parecer, a sentença está fundada em outros elementos de convicção, não cabendo, no processo de *habeas corpus*, verificar se tais elementos são ou não suficientes para escorar o decreto condenatório. (BRASIL. STF. HC 69.912. Rel. Carlos Velloso. 1993).

Foram vencidos os ministros Sepúlveda Pertence, Francisco Rezek, Ilmar Galvão e

Marco Aurélio, que entenderam que só se havia chegado às demais provas em razão da interceptação telefônica ilegalmente autorizada, de modo que se aplicaria ao caso a doutrina, também originária nos Estados Unidos, dos “frutos da árvore envenenada”.

Ocorreu, porém, que a defesa impetrou Mandado de Segurança onde pedia que fosse alterado o resultado do primeiro feito, para deferir a ordem, em razão de ter participado no processo, como membro do MP, o filho do ministro Néri da Silveira. O relator, ministro Carlos Velloso, não conheceu o MS, mas, reconhecendo o impedimento alegado, deferiu, de ofício, *habeas corpus* a fim de se anular o julgamento anterior.

No novo julgamento foi deferida a ordem em razão da contaminação das demais provas em razão da ilicitude da interceptação telefônica.

Vale notar que a posição do Supremo em julgados mais recentes não traz qualquer novidade, como se depreende, por exemplo, do HC 89.032<sup>58</sup>, de relatoria do min. Menezes Direito, em 2007.

#### **4.4 O Desenvolvimento do princípio da exclusão no Brasil**

Como visto, o debate jurídico acerca do princípio da exclusão é bem limitado no Brasil. Doutrina e jurisprudência em momento algum discutem sua construção no ordenamento jurídico pátrio, fazendo, no máximo, referências à elaboração do mesmo pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

O máximo que se vê de diversidade na discussão é a questão das provas ilícitas por derivação e de possíveis exceções ao princípio, geralmente partindo da ideia da proporcionalidade que, segundo Luiz Roberto Barroso (2006, p.363), “pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto”.

O princípio da proporcionalidade tem sido amplamente utilizado também pelo Supremo Tribunal Federal como “uma forma de balancear o interesse público e o privado em

---

58 Note a ementa: “*Habeas Corpus*. Constitucional. Penal e processual penal. Sentença condenatória fundada em provas ilícitas. Inocorrência da aplicação da teoria dos 'frutos da árvore envenenada'. Provas autônomas. Desnecessidade de desentranhamento da prova ilícita. Impossibilidade de aplicação do art. 580 CPP à espécie. Inocorrência de ofensa aos artigos 59 e 68 do Código Penal. *Habeas Corpus* indeferido. Liminar cassada”.

determinadas decisões”. (BARACHO JÚNIOR, 2004, p.517).

Antes de maiores considerações, vale aqui anotar a observação também feita por José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (2004) no sentido de que

Há uma importante discussão doutrinária em torno do princípio da proporcionalidade, no sentido de que o princípio da proporcionalidade possibilita uma ponderação de valores e que essa não seria adequada à interpretação da Constituição. (BARACHO JÚNIOR, 2004, p.517).

Retomando a construção do Princípio da Exclusão no Brasil, é importante lembrar que, em razão dos diversos períodos de turbulência pelo qual passou o país, especialmente no período já republicano, não há como se construir uma longa tradição de precedentes, ou mesmo posições muito consistentes por longos períodos de tempo, como se faz, por exemplo, com a Suprema Corte dos Estados Unidos.

Todavia, parece interessante o fato de que, mesmo chegando ao Supremo Tribunal ações tanto pela via concentrada quanto pela via difusa, nunca tenha havido uma discussão mais profunda naquela instância acerca do princípio das provas ilícitas, seja no sentido de se levantarem algumas hipóteses de exceção a ele, seja no sentido de se questionar se ele tem sido suficiente para garantir uma atuação constitucionalmente adequada dos órgãos responsáveis pela persecução penal.

Em síntese, vemos que, apesar de inúmeros questionamentos sobre o princípio da exclusão serem possíveis (e desejáveis), a matéria tem sido tratada como se a mera aplicação da técnica usualmente chamada de “interpretação gramatical” do texto constitucional fosse suficiente para definir o conteúdo jurídico do referido princípio, o que vai de encontro à advertência de que “o cânone lógico-formal tem limitada aplicação no caso constitucional (...) por que a Constituição e, por óbvio, a sua interpretação não podem deixar de abrir-se ao exterior”. (SAMPAIO, 2005, p.403).

#### **4.5 O filtro da Teoria Discursiva**

A mais relevante discussão do Direito na atualidade – talvez mesmo em todos os tempos – diz respeito à legitimidade das normas e das decisões que se referem ao sistema

jurídico. O problema da legitimidade do Direito se impõe em virtude de ele reivindicar não apenas a aceitação dos envolvidos, ou um reconhecimento fático, “mas antes”, como afirma Habermas (2001, p.145), “reivindica *merecer* o reconhecimento”.

A questão que se coloca é de como seria possível fundamentar um conjunto de normas que pode ser alterado a qualquer momento, independentemente do nível hierárquico das normas em questão. Houve momentos em que tal legitimidade podia ser lastreada por regras morais ou de direito natural, mas, “nas sociedades plurais, desfizeram-se tais imagens de mundo integrativas e éticas obrigatórias para a coletividade” (Habermas, 2001, p.147), exigindo-se então que uma nova base seja dada ao Direito.

Um dos modos de abordar o problema tem sido trabalhar com a ideia da distinção entre discurso de justificação e discurso de aplicação, no intuito de se desenvolver as peculiaridades de cada um, possibilitando que a questão da legitimidade seja trabalhada a partir de novos pontos de vista.

A ideia de uma teoria discursiva é de que a legitimidade do sistema jurídico será tanto maior quanto maior for a possibilidade de todos os afetados – categoria que se refere a administrados e jurisdicionados – participarem da construção do sistema, de modo a se reconhecerem como seus co-autores, o que, em princípio, resultaria em uma solução satisfatória do problema da legitimidade do sistema jurídico.

Dá a afirmação de Habermas (2003) no sentido de que

...se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. (HABERMAS, 2003, p.138)

Cumprir observar que a proposta da Teoria do Discurso parece-nos incompatível – de vez que busca superar – com o princípio da proporcionalidade, que tanto tem sido utilizado pela doutrina e pelos tribunais brasileiros, vez que um dos escopos da teoria discursiva é afastar o excessivo subjetivismo que a técnica da ponderação possibilita ao juiz quando decide um caso.

Não se pode, assim, criar uma fórmula geral ou estabelecer juízos antecipados, como

um princípio de proporcionalidade, que sejam capazes de mensurar os pesos dos argumentos em todos os casos ou apenas nos que envolvam conflitos de direitos, tampouco, que deixe de ver o direito como um “conceito intersubjetivo” que “incrementa a descoberta de direitos” (SAMPAIO, 2005, p.414).

A Teoria do Discurso, tal como a utilizamos aqui, caminha mais para a ideia da “sociedade aberta de intérpretes” de Habërle (1997), vez que prestigia uma construção colegiada do significado das normas.

Assim:

A aplicação das normas deve ser institucionalizada em procedimentos que possibilitem a consideração de todos os sinais característicos de uma situação. Só assim será possível resolver os paradoxos aparentes do Direito positivo e compatibilizar a sua potencial alteração aleatória com a exigência de reconhecimento geral de sua validade, além de conciliar a seletividade de normas (como regras) com a ideia de aplicação imparcial. (GÜNTHER, 2004, p.393). (*grifei*).

Demonstrada a exigência de participação dos afetados na construção do sistema jurídico a partir de uma teoria discursiva do Direito, não há como deixar de observar que, em matéria de legitimidade das decisões jurisdicionais, tal exigência de participação implica compreender o processo (*medium* de tomada de decisões jurisdicionais, administrativas, legislativas e mesmo particulares) como procedimento realizado em contraditório, entendido este não apenas como a possibilidade de argumentar no processo – como direito de ação e de defesa, o que já se verificava na teoria instrumentalista do processo (DINAMARCO, 2003) -, mas como a garantia de que a participação de cada uma e todas as partes envolvidas terão seus argumentos tomados em conta no momento da formação da convicção do juiz.

Dáí falar-se que:

O contraditório é a garantia da participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os “interessados”, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier impor. (GONÇALVES, 2001, p.120).

Neste momento é preciso, ainda que superficialmente, fazer críticas ao modelo de

decisões em massa que vem sendo adotado no Brasil em nome de uma indefinível celeridade processual, em que o Supremo Tribunal Federal passa a julgar teses e não casos, mesmo fora da esfera de controle concentrado de constitucionalidade, pois se trata de técnica em que as particularidades do caso – e a força argumentativa legitimante delas decorrentes – são desconsideradas em prol de uma suposta celeridade no processo.

Ao analisar o que chama de técnicas do “neoliberalismo processual”, Nunes (2007) elenca alguns institutos processuais recentes, como o julgamento liminar de ações repetitivas e o “julgamento em massa da admissibilidade de recursos extraordinários idênticos”, que “indicam um horizonte pouco social e inteiramente massificante e produtivo no processo brasileiro”. (NUNES, 2007, p.123).

Tais possibilidades, trazidas ao ordenamento processual brasileiro em modificações recentes, violam a garantia da ampla argumentação e já começam a produzir reflexos no processo penal, nos moldes, por exemplo, do idealizado sob o nome de “Direito Penal de Segunda velocidade”. (SÁNCHEZ, 2002).

Daí a advertência no sentido de que:

A sumarização do procedimento priva, portanto, a parte, mais ainda aquele que se encontra como parte contra-interessada, do tempo necessário para a formulação de teses e em alguns casos, limitação na produção de provas. Isto porque a ampla argumentação apesar de estar limitada pela preclusão, pois ela não pode ir além do tempo do processo (que finda com o trânsito em julgado da decisão), também não pode ser exígua a ponto de privar a parte do tempo mínimo para sua formulação, gerando um processo nulo. (BARROS, 2006, p.13).

De tudo isso pode-se aferir o problema em se resolver todas as questões referentes às provas ilícitas no processo penal simplesmente remetendo qualquer questão à norma do art. 5º, LVI da Constituição ou, ainda, de se trabalhar as possíveis exceções tão-somente a partir da ponderação de valores, do princípio da proporcionalidade.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, a legitimidade das normas e das decisões não pode ser inferida tão somente pela positividade da norma, ainda que norma constitucional, em razão de haver inúmeros outros argumentos que exigem uma interpretação harmonizadora do sistema.

Pode-se falar em harmonia do sistema jurídico, em nossa concepção, a partir do momento em que ele é tido como legítimo por seus co-autores/ destinatários, o que nos leva a concluir, com Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2004) que:

Assim, o Direito democraticamente produzido seria um meio de integração social que poderia controlar os riscos de dissenso, garantindo a estabilização de expectativas de comportamento e, a um só tempo, produzindo legitimidade, de tal forma que os destinatários das normas jurídicas (sujeitos privados), fossem os seus autores (cidadãos), sobre o pano de fundo de uma crescente distinção e autonomização da antiga esfera normativa ontologizada em um acentuado processo de diferenciação social. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p.530).

Assim, tentamos demonstrar que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a legitimidade das decisões pode ser melhor alcançada a partir do procedimentalismo, possibilitando a participação “irrestrita” – as aspas se justificam, pois as regras do processo impõem, sempre, limitações à participação - dos afetados de modo que eles se percebam como co-autores e destinatários de tais decisões, o que resultaria, em princípio, num ciclo de legitimação do sistema, e que o *medium* desta participação é o processo, concebido como procedimento realizado em contraditório entre as partes o que impede a absolutização, *a priori*, de qualquer regra, ainda que constitucional.

O passo seguinte será abordar o instituto do precedente judicial, de forma crítica, vez que tem sido utilizado como relevante instrumento de garantia de legitimidade das decisões, embora o modo como nossos juízes e tribunais tem se apropriado dele não guarde as necessárias semelhanças procedimentais com os sistemas de origem, o que lhe propiciaria força necessária para preencher a exigência de legitimidade discursiva que ele supostamente está adicionando ao sistema jurídico brasileiro.

## 5. Colhendo frutos da árvore venenosa: formação e uso dos precedentes no Brasil e nos EUA

### 5.1 Introdução

Em tempos de comemoração dos vinte anos da estabilidade constitucional, o direito processual penal brasileiro tem demonstrado que ainda há sérias restrições à consolidação do sistema jurídico criado pela Constituição brasileira.

Enquanto os demais ramos do Direito Público caminham, ainda que lentamente, sobre os trilhos do processo de redemocratização posto pelo texto constitucional, os institutos – e aqui queremos nos referir às leis e às instituições propriamente ditas – da persecução penal tem caminhado em círculo, (des)orientados rumo a objetivos elaborados no âmbito da teoria instrumentalista do processo (DINAMARCO, 2003) que não mais correspondem ou se adequam ao modelo proposto há vinte anos.

Daí a colocação no sentido de que

Existe toda uma linha de pensamento teórico centrada nessa proposta. Para essa base teórica, o processo se volta para sua instrumentalidade, como meio de pacificação social, objetivando alcançar seus escopos metajurídicos, como defende Dinamarco. (BARROS, 2008, p.7).

O resultado dessa incompatibilidade entre o marco jurídico estabelecido em outubro de 1988 e a concepção teórica processual dominante no país tem sido uma série de reformas que visam fazer com que o processo penal seja “eficiente”, sem, no entanto, saber antes o que se entende por “eficiência”.

Entre as diversas técnicas que têm sido adotadas a fim de se alcançar tais objetivos, está a vinculação das instâncias inferiores às decisões das cortes superiores do país. Trata-se de metodologia nitidamente inspirada no sistema dos precedentes judiciais do direito norte-americano, mitigada, porém, pela inaptidão<sup>59</sup> – absolutamente compreensível – dos nossos magistrados no que diz respeito a produzir decisões de modo a possibilitar a aplicação da técnica dos precedentes. Importante destacar desde logo a advertência de que

---

59 A este problema voltaremos ao falar da estrutura necessária ao uso da técnica dos precedentes judiciais.

Não falta quem deposite na absorção de elementos característicos daquela outra família (*Common Law*)<sup>60</sup> uma grande esperança de imprimir maior eficácia ao funcionamento da máquina judiciária e, em termos genéricos, à atividade de composição de litígios. (BARBOSA MOREIRA, 1998, p.93).

A ideia central que move a adoção de tal modelo no Brasil parece ser a de que, uma vez que o sistema permite que a discussão caminhe por três ou quatro “instâncias”, nada mais prático do que impor desde logo o pensamento dominante nas instâncias superiores às instâncias inferiores, propiciando assim alguma economia processual, ainda que isto implique em restrições aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido a afirmação de que

O discurso de produtividade industrial e de rapidez na prolação das decisões faz com que os provimentos deixem de buscar uma adequação constitucional (legitimidade), que partiria do julgamento *do caso concreto* em suas especificidades. (...) O judiciário fica predisposto a julgar teses jurídicas e deixa de se preocupar com o julgamento dos casos concretos. (NUNES, 2008, p.210).

Podemos concluir que tal posicionamento é absolutamente incompatível com o modelo de processo norte-americano, que exige especial atenção aos detalhes do caso concreto a fim de se determinar os fatos relevantes. E é também incompatível com um modelo de processo em que, por determinação de cláusula constitucional enunciativa de direito fundamental, garante-se aos litigantes em processo administrativo e judicial “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Aqui, convém lembrar: trabalhamos com a concepção de contraditório como inicialmente formulada por Aroldo Plínio Gonçalves (2001, p.120). Trata-se da “garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença”, e desenvolvida até o ponto em que se exige que ele seja lido como garantia de “bilateralidade da audiência, como simétrica paridade de armas e como garantia de influência” e como garantia de “não surpresa”. (NUNES, 2007, p.159; 167)<sup>61</sup>.

Neste capítulo iremos então, inicialmente, esclarecer a metodologia do sistema de precedentes como utilizada nos Estados Unidos, e debater o problema da metodologia de trabalho em direito comparado que permeia o tema deste texto.

---

60 Nota do autor.

61 Por todos, cf. NUNES, Dierle José Coelho. O Princípio do Contraditório: uma garantia de influência e não surpresa. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Salvador, Juspodivm: 2007.

Em seguida demonstraremos como o método do precedente foi utilizado pela Suprema Corte para criar a vedação das provas ilícitas por derivação, oportunidade em que explicitaremos as exigências estruturais e procedimentais do uso de tal técnica.

Num terceiro momento, iremos observar o desenvolvimento da mesma vedação pelo Supremo Tribunal Federal, no intuito de demonstrar como o uso do modelo norte-americano tem sido severamente afetado em razão da não observância dos requisitos metodológicos daquele sistema.

Por fim, chegaremos ao ponto mais relevante desta discussão, que é o fato de o sistema de precedentes ser usado aqui para dar legitimidade às decisões judiciais, apesar de não satisfazer as condições que possibilitam que, na origem, as decisões tomadas a partir dele sejam tidas como legítimas. Neste momento iremos exemplificar o uso inadequado desta justificação, a partir da análise da súmula vinculante número onze do STF.

É preciso ter em vista que o que se busca é contribuir para a superação da teoria instrumentalista do processo (DINAMARCO, 2003), tentando adequar os institutos do Direito Processual Penal aos mecanismos de legitimação adequados ao Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 1995), e não apenas ao Estado de Direito.

## **5.2 Força e contextualização do precedente: exigências metodológicas e estruturais.**

*Stare decisis et non quieta movere* (“mantenha-se a decisão e não se disturbe o que foi decidido”) é a fórmula latina que indica “a política que requer que as Cortes subordinadas à Corte de segunda instância que estabeleceu o precedente sigam o precedente e não ‘disturbem um ponto estabelecido’”. (COLE, 1998, p.71).

Tal “política”, que tem garantido um considerável nível de previsibilidade e cognoscibilidade no sistema processual norte-americano, vem fazendo com que cada vez mais países de tradição romano-germânica produzam reformas legislativas no intuito de se apropriar das benesses perceptíveis do sistema sob análise. Maltz informa que “a justificativa mais comum para a doutrina do *Stare Decisis* está na necessidade da certeza no Direito<sup>62</sup>”. (Tradução livre).(MALTZ, 1988, p.368).

---

62 No original: “The most commonly heard justification for the doctrine of stare decisis rests on the need for certainty in the law”.

Antes de nos debruçarmos sobre a problemática na transposição do instituto<sup>63</sup>, vamos analisar alguns pontos mais relevantes da tradição do *Stare Decisis*, a fim de definir com precisão o objeto de nossos questionamentos.

De início podemos afirmar que o sistema dos precedentes, conforme adotado desde a fundação<sup>64</sup> dos Estados Unidos, tem sua razão de ser no fato de que a Constituição Americana é um texto preponderantemente principiológico, o que exige e possibilita sua constante readaptação às novas realidades fáticas que a ela se apresentem.

Nesse sentido temos a lição de Barbosa Moreira (2001):

Para tanto muito contribuíram fatores como a feição sintética e a linguagem vaga do texto constitucional, com largo uso de conceitos jurídicos indeterminados; a inexistência de disposições capazes de regular diretamente questões características de tempos mais recentes; e o recurso à noção do *substantive due process*, que abriu à Corte o exame da própria razoabilidade das leis, franqueando-lhe o acesso a terreno bem menos delimitado do ponto de vista técnico, e correlatamente mais exposto ao influxo de opções políticas e ideológicas. (BARBOSA MOREIRA, 2001, p.95).

Assim, desde o fim do séc. XVIII o judiciário americano lida com a tarefa de determinar o conteúdo jurídico dos dispositivos constitucionais, e tem se valido, para isso, do método dos precedentes judiciais, pelo qual ele estabelece o significado das normas constitucionais num determinado momento. Daí a assertiva que diz que

Um precedente da Suprema Corte, durante o tempo de vida deste precedente é “lei” porque o precedente determina o que a Constituição significa até que a Suprema Corte mude o precedente num caso posterior. (COLE, 1988, p.73).

O elemento central do precedente judicial nos EUA é o *holding*. Ele é a norma extraída de um determinado caso concreto, estabelecendo o princípio aplicável a uma determinada situação, que deve ser bem delimitada, a fim de que se possa determinar no futuro quais os casos são suficientemente análogos para serem regidos pelo precedente estabelecido.

---

63 Margaret Fordham nos alerta para o fato de que “o principal desafio que um advogado treinado no sistema de *civil law* que quer entender o sistema da *common law* enfrenta diz respeito ao papel e à estrutura da legislação, e à incrível importância do caso concreto”. (FORDHAM, 2006, p.2). (Tradução livre). No original: “The main challenges facing a civil lawyer who wishes to understand and function within a common law system thus relate to the role and structure of legislation and the overwhelming significance of case law”.

64 Por fundação estamos nos referindo ao momento histórico entre a declaração de independência e a promulgação da Constituição.

“Casos análogos”, explica Cole (1998), são aqueles “cujos fatos relevantes para os propósitos da decisão são tão semelhantes aos fatos relevantes sobre os quais a corte baseou sua decisão num caso precedencial anterior, que o caso anterior vincula”. (1998, p.75).

Desta feita, a parte, quando busca determinar qual o caso estabeleceu o precedente que rege seu caso, deve primeiramente determinar quais os fatos relevantes naquela situação e quais questões de direito devem ser decididas pela Corte. Uma vez concluída esta fase, passa-se a procurar quais decisões anteriores tratam daquela mesma situação, “de fato e de direito”.<sup>65</sup> Em seguida, deve-se observar se o caso anterior foi decidido por maioria de votos – quando estará configurado o precedente vinculante -, ou se foi decidido com dissenso na corte, hipótese em que ele “será tido como autoridade persuasiva”. (COLE, 1998, p.79).

Outro ponto importante a ser perquerido é a *rationale*, ou seja, “a razão dada pela corte para adotar a norma que decide a lide”.(MELLO, 2005, p. 183). Trata-se, por assim dizer, da fundamentação da decisão, que demonstra a lógica entre os fatos do caso concreto e os dispositivos legais ou os precedentes escolhidos para reger aquela determinada decisão.

Parece fundamental tratarmos agora da forma de superação do precedente, pois, do exposto até o momento, poderia o leitor se enganar quanto à maleabilidade do sistema<sup>66</sup>.

A doutrina do *Stare Decisis*, como aplicada nos EUA, tem se mostrado apta a balancear a segurança jurídica necessária, com a necessidade de evolução das normas de uma sociedade complexa como a americana.

Vale neste ponto colacionar a lição de Charles Cole:

Precedente vinculante nos Estados Unidos não significa, porém, que o precedente de um caso está escrito em pedra. O precedente mudará progressivamente quando o legislador mudar a lei sobre a qual o precedente se baseia, quando a evolução cultural do tempo o requerer, quando a filosofia judicial da maioria da Corte, com autoridade para mudar o precedente aplicável, alterar ou revogar o precedente anterior, ou quando a Corte recursal com autoridade para mudar o precedente determinar que cometeu um erro ao estabelecer o precedente em questão. (COLE, 1998, p.92).

Ao analisarmos os mecanismos de flexibilidade do sistema, é possível observar que o

---

65 Devemos informar que não se ignora a existência de quem afirme categoricamente a impertinência da distinção entre questões “de fato” e questões “de direito”. Neste sentido, por exemplo, cf. o cap. 7 de MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude**. Bauru, SP, Edusc: 2001. Todavia, pela clareza da imagem que tais expressões têm, usá-las-emos sempre que nos pareçam ser didaticamente satisfatórias.

66 A questão da maleabilidade do sistema será novamente abordada na parte final do trabalho, vez que é ponto central da crítica relativa à aplicação que se tem dado à doutrina do *Stare Decisis* no Brasil.

precedente pode ser alterado, em linhas gerais, a partir de três situações, quais sejam, por iniciativa da própria Corte com autoridade para superar o precedente no todo ou em parte – que é o que se denomina *overrule* e *override*, respectivamente -; pode ainda ser alterado em razão de mudança legislativa, pois “a legislação pode direta e abruptamente alterar ou repelir uma definição legal, princípio ou regra”. (RE, 1994, p.51). E por fim, o precedente por ser superado se o magistrado de primeira instância, entendendo que “o precedente anterior tenha sido muito desgastado com o passar do tempo ou por outros casos precedenciais” (COLE, 1998, p.92), recuse-se a seguir o precedente.

É certo que neste último caso a parte vencida poderá recorrer à Corte, sustentando a quebra do precedente como “erro decisório da primeira instância” (COLE, 1998, p.92). Todavia, estará aberto o caminho para se discutir, a partir daquele caso concreto, a força do precedente, o que poderá resultar, por exemplo, em uma decisão do tipo *prospective overruling*, em que apesar de aplicar o precedente questionado, “acrescenta-se à decisão a informação de que, para os eventos ocorridos a partir de então (...), o precedente antigo não mais será aplicado, considerando-se superado” (MELLO, 2005, p.189). Ainda, pode ocorrer decisão do tipo *signaling*, em que a Corte “aplica-lhe o precedente antigo, mas informa, sinaliza à comunidade jurídica a intenção de alterá-lo, (...), abrindo caminho para sua superação”. (MELLO, 2005, p.189).

Pode-se inferir que boa parte, senão toda ela, da durabilidade do sistema nos EUA decorre de sua capacidade de garantir expectativas, estabilizando o sistema, ao mesmo tempo em que permite que o sistema evolua, quando as mudanças sociais assim exigirem.

Daí concluímos, com Edward D. RE, que

É preciso assinalar que *stare decisis* não é apenas uma doutrina de estabilidade e uniformidade. Suas restrições e limitações inerentes bem como os fatores que determinam a inaplicabilidade de decisões anteriores tornam possível a necessária flexibilidade, indispensável para a mudança e o progresso. (RE, 1994, p.51).

Outros aspectos que despontam como absolutamente relevantes no sistema norte-americano parece ser a estrutura de disponibilização de informação, devido treinamento ao manejo dessa informação, bem como uma cultura de detalhamento nas sentenças dos elementos fáticos do caso concreto.

Num modelo em que a parte precisa identificar os fatos juridicamente relevantes para

um caso, a fim de estabelecer qual o precedente irá guiar a decisão, a primeira exigência parece dizer respeito à explicitação dos fatos tidos como decisivos para o julgador.

É preciso que o “relatório” das decisões judiciais seja o mais completo e detalhado possível, permitindo às pessoas que venham a manejar tal decisão no futuro saber o que exatamente estava sendo decidido, quais acontecimentos foram tomados como relevantes para aquela decisão, e qual regra de direito o julgador entendeu ser aplicável àquele caso.

Desse primeiro aspecto podemos inferir que é preciso que o acesso às decisões seja possibilitado tão logo ela seja prolatada, afinal, a demora na publicidade da sentença poderia gerar insegurança jurídica, vez que o interessado não teria como ter certeza de que sua pesquisa indicou, de fato, o precedente certo para sua questão.

Todavia, estes dois aspectos acima são condicionados por um terceiro, que é talvez o que tenha mais problemas para ser transplantado de um ordenamento para outro. Trata-se do treinamento específico para operar num modelo de precedentes judiciais.

É preciso haver todo um treinamento específico para condicionar os operadores do sistema a identificar os fatos juridicamente relevantes num caso concreto, bem como para comparar os aspectos do seu caso com outros já decididos a fim de identificar casos análogos e determinar qual o precedente vinculante e quais os precedentes terão autoridade persuasiva.

Tal condição, por óbvio, não pode ser produzida por uma simples mudança legislativa, ou orientação de um tribunal superior, mas se relaciona com a cultura da educação jurídica do país.

Como demonstra Cole (1998):

Pesquisa extensiva e escrita, ocorre durante o curso do estudo para o primeiro ano de direito nos Estados Unidos, com um volume substancial de tempo durante o primeiro ano de vivência da faculdade de direito dedicado a requerer que o aluno aprenda a analisar casos, identificar fatos relevantes e questões, e entender como indicar e utilizar os precedentes dos casos estudados. (COLE, 1998, p. 92).

Percebe-se que o sistema de formação dos operadores do sistema jurídico nos EUA, por praticamente não ter tido contato com a tradição romano-germânica desde sua fundação, foi pensado para produzir pessoas capazes de atuar no sistema do *Stare Decisis*.

Trata-se de uma tradição de mais de duzentos anos, o que deve ser tomado como um indício de incomensuráveis dificuldades que devem surgir ao se tentar transpor aquele modelo para países que até pouco tempo não recebiam quase nenhuma influência direta dos

ordenamentos anglo-saxões.

É preciso não perder de vista que todo projeto que envolva diálogo entre sistemas jurídicos diversos, cujas raízes históricas também não são comuns, deve seguir um projeto pré-estabelecido a fim de não se reduzir a uma mera comparação de legislações, nem a uma comparação caótica entre modelos incompatíveis<sup>67</sup>.

Daí a conclusão de que a melhor metodologia de trabalho em direito comparado é aquela apontada por Michele Taruffo (2001):

Ao contrário, se reconhece então que a análise comparativa pode ser feita somente sobre a base de um ‘projeto cultural’ pressuposto e dentro do trabalho de quem efetua a análise. Esta, então, não é mais passiva, neutra ou indiferente: é, ao contrário, condicionada e orientada seja pela cultura do comparatista, seja pela finalidade em vista da qual ele desenvolve seu trabalho. O projeto cultural do estudioso do direito comparado orienta não apenas suas escolhas (...), mas também o método com o qual a comparação é realizada. (TARUFFO, 2001, p.28). (Tradução livre)<sup>68</sup>.

E, posteriormente, sugere que:

As coisas podem se configurar diversamente, e a comparação pode se tornar mais interessante e mais frutífera se se tiver em consideração não apenas normas específicas, mas modelos processuais. (TARUFFO, 2001, p.29). (Tradução livre)<sup>69</sup>.

---

67 O melhor exemplo de tal incongruência parece ser o caso da imposição do Consenso Legal de Washington ao Níger, especialmente no que diz respeito à esfera penal e processual penal. Enquanto para os ocidentais o que se estava fazendo era modernizar o sistema legal daquele país, para os nativos o que estava acontecendo era a imposição de um sistema “inconvenientemente remoto, caro, lento, corrupto, que, por fazer as perguntas erradas, chegava a respostas erradas”. (KELLEY, 2007, p.37).

Este caso remete-nos a outra questão que precisa começar a ser discutida no Brasil, qual seja, o aspecto psicológico que permeia necessariamente toda discussão sobre culpa e responsabilidade, especialmente na esfera criminal. Além do exemplo do Níger, o exemplo das “Comissões de Verdade e Reconciliação” na África do Sul (DERRIDA, 2005) exige que se pense no seguinte questionamento: sendo reiteradas as referências aos aspectos psicológicos de culpa e responsabilidade em culturas africanas, não seria um contrassenso que tais questões não sejam postas à mesa no Brasil? Não seria isso uma negação particularmente prejudicial de parte de nosso berço cultural, que contribui para que as pessoas que estão pensando e construindo o sistema penal brasileiro continuem a fazer as perguntas erradas e a chegar às respostas incorretas?

68 No original: “Al contrario, si riconosce ormai uniformemente Che l’analisi comparatistica si può fare utilmente soltanto sulla base di un ‘progetto culturale’ presupposto e messo in opera da chi effettua l’analisi. Questa, quindi, non è mai passiva, neutrale o indifferente: è invece condizionata ed orientata sia dalla cultura propria del comparatista, sia dalle finalità in vista delle quali egli svolge il proprio lavoro. Il progetto culturale dello studioso di diritto comparato orienta non solo le sue scelte (su quali ordinamenti, quali istituti, quali esperienze mettere a confronto), ma anche il metodo con cui la comparazione viene svolta.”.

69 No original: “Le cose possono configurarsi diversamente, e la comparazione può diventare più interessante e più fruttuosa, se si prendono in considerazione non solo norme specifiche (...), ma modelli processuali”.

Estabelecidos o funcionamento do sistema da *stare decisis*, e a forma pela qual se deve dar o diálogo entre sistemas diversos, vamos para a análise de casos concretos, afim de demonstrar como tal modelo funciona na origem, bem como o modo com que ele tem sido aplicado no Brasil.

### 5.3 Estudo de caso: os frutos da árvore venenosa na Suprema Corte

A construção da doutrina dos frutos da árvore venenosa é uma decorrência direta da vedação das provas ilícitas no processo penal, que tem início perante a Suprema Corte dos Estados Unidos em 1914, no caso *Weeks v. United States*. Neste caso, como já visto anteriormente, a Corte entendeu que, entre outras coisas, a quarta emenda à Constituição americana vedava o uso das provas ilícitas nos processos federais.

No julgamento de *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, em 1920, a Suprema Corte irá começar a discutir o uso, no processo penal, de provas ilícitas por derivação. Vale ressaltar desde já que a expressão “*fruits of the poisonous tree*” só foi cunhada em 1939, pelo *Justice Frankfurter*, em *Nardone v. United States*. (LAFAVE; ISRAEL, 1992, p. 471).

A ideia do instituto é afastar as provas que, embora não sejam elas mesmas ilícitas, só vieram a ser conhecidas em razão de anterior ilicitude. O objetivo do instituto “é evitar que a atividade de investigação ultrapasse os limites constitucionais: em outras palavras, que a polícia cometa excessos”. (BARBOSA MOREIRA, 2001, p.99).

No referido caso, Frederick Silverthorne e seu filho mantinham uma marcenaria e foram acusados de sonegar tributos. Sob esta única acusação eles foram detidos na manhã de 25 de fevereiro de 1919 e mantidos sob custódia durante horas. Enquanto estavam detidos, agentes do Departamento de Justiça e da US Marshal, “sem uma sombra de autoridade”, nas palavras do *Justice Holmes* (251 U.S. 385) foram até a empresa e efetuaram uma detalhada busca nos livros, papéis e documentos que lá encontraram.

Todos os empregados que lá estavam foram conduzidos ou levados até o escritório do Procurador Distrital dos Estados Unidos naquela localidade, onde estava também o material apreendido.

Os advogados sustentaram desde logo a violação à regra da inviolabilidade estabelecida em *Weeks v. United States*, e obtiveram sucesso na primeira instância, que

determinou a devolução do material. Todavia, o órgão de acusação, baseado em cópias do que havia sido apreendido, conseguiu a expedição de intimações para que os acusados entregassem os documentos originais. Os Silverthorne se recusaram, sob o argumento de que tal procedimento violaria direitos constitucionais assegurados.

A Corte distrital determinou então a prisão de Frederick Silverthorne, bem como uma multa de duzentos e cinquenta dólares pelo descumprimento da ordem judicial. A defesa, posteriormente, recorreu à Suprema Corte, alegando a violação de precedentes (*Weeks*) pela determinação da Corte distrital.

No voto que conduziu a decisão – que foi majoritária -, o *Justice* Holmes apontou que a conduta do tribunal reduzia a quarta emenda a mera formalidade<sup>70</sup>. Ele concluiu o voto condutor afirmando que

A essência de uma decisão proibindo a obtenção de provas de uma certa maneira é que não apenas a prova obtida por tal modo seja utilizada diante da Corte naquele momento, mas que tal prova não seja utilizada em absoluto. Claro que isso não significa que os fatos ali conhecidos se tornam sagrados e inacessíveis. Se se toma conhecimento deles a partir de uma fonte independente eles podem ser utilizados como qualquer outro, mas o conhecimento obtido pela própria conduta errada do governo não permite que eles sejam utilizados do modo pretendido. (251 U.S. 385, HOLMES).(Tradução livre)<sup>71</sup>.

Estava então estabelecida a regra da vedação das chamadas provas ilícitas por derivação.

Cabe sempre lembrar que a descrição pormenorizada dos acontecimentos na formação do precedente, bem como nos casos posteriores, é “necessária para determinar se a prova está manchada pela violação constitucional anterior”. (LAFAVE; ISRAEL, 1992, p. 471).

A doutrina dos frutos da árvore venenosa viria a ser novamente discutida em *Wong Sun v. United States*<sup>72</sup> (1963), caso em que três pessoas foram condenadas pela Corte de Apelação do Nono Circuito pelos crimes de conspiração e tráfico de heroína.

Os fatos relevantes nesse caso, em linhas gerais, são os seguintes: na madrugada de 4 de junho de 1959 agentes do “Departamento Federal de Narcóticos”<sup>73</sup> que monitoravam Hom

70 “*It reduces the Fourth Amendment to a form of words*”, no original. 251 U.S. 385.

71 No original: “The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all. Of course this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it in the way proposed”.

72 371 U.S. 471

73 A DEA, *Drug Enforcement Administration*, que é a polícia federal americana especializada no combate ao tráfico de drogas só foi criada em 1973.

Way havia seis semanas efetuaram sua prisão em flagrante pela posse de heroína. Ele informou aos agentes federais que havia adquirido a droga na noite anterior, de um certo “Blackie Toy”, numa lavanderia na cidade.

Os agentes se dirigiram ao local, onde James Wah Toy – que seria o referido Blackie Toy – foi preso. O local, que além de trabalho era também a residência de Toy, foi revistado no ato da prisão, mas nenhuma droga foi encontrada.

Informado pelos agentes de que Hom Way o havia delatado como fornecedor das drogas, Toy contou aos policiais que ele não estava vendendo drogas, mas sabia que um homem identificado apenas como Johnny – posteriormente identificado como Johnny Yee - estava. Os federais então se dirigiram ao endereço dado por Toy, onde Yee foi preso com uma pequena quantidade de heroína. Durante o interrogatório policial, Yee informou que a droga havia sido fornecida a ele por Toy e um outro chinês, conhecido apenas como “Sea Dog”, posteriormente identificado como Wong Sun.

Conduzidos por Toy até o local onde Wong Sun morava, os agentes da “Narcóticos”<sup>74</sup> invadiram sua casa e efetuaram a prisão quando ele ainda dormia. A casa foi revistada, mas nenhuma droga foi encontrada. Toy, Yee e Wong Sun foram todos acusados pelo crime de tráfico de heroína e liberados para responder ao processo em liberdade. Em nenhuma das prisões efetuadas até então houve a expedição de mandados de prisão ou de busca e apreensão.

Ao julgar o caso, a Suprema Corte concluiu que houve uma série de ilegalidades, e que tais ilegalidades deveriam implicar a exclusão de uma série de elementos probatórios levados em consideração pela Corte de Apelação do Nono Circuito. Entre tais ilegalidades está a prisão de Toy, baseada simplesmente na informação dada por outro detido, o que viola a garantia constitucional de que não haverá detenção sem uma “causa provável”. Considerada a ilegalidade da prisão de Toy, restaria contaminada a prisão de Yee, bem como a apreensão da heroína com o mesmo.

Sobre a validade da apreensão da heroína de Yee, afirmou o *Justice* Brennan que a questão a ser formulada no caso é “se, assumindo a ilegalidade primária, a prova questionada seria uma exploração dessa ilegalidade, ou seria suficientemente distinta dela, a ponto de se livrar da mancha inicial”. (371 U.S. 471, *Justice* BRENNAN).(Tradução livre).

Cumprir observar que a Corte cita o precedente *Silverthorne Lumber Co. v. US*, porém,

---

74 *Narcotics*, no original.

não aplica a fórmula conforme estabelecida naquele precedente. Antes traz considerações outras para a avaliação da legalidade das provas, considerações além de sua derivação imediata ou mediata de uma fonte ilícita. Como observa Wayne LaFave: “a completa exclusão de todos os frutos seria excessiva à luz de considerações concorrentes óbvias: que a exclusão de provas contraria o interesse da sociedade em condenar os culpados”. (LAFAVE; ISRAEL, 1992, p.472). A Suprema Corte determinou que Wong Sun teria direito a novo julgamento, de vez que não era possível verificar até que ponto as ilegalidades verificadas corroboraram para a decisão de seu caso.

Outra oportunidade em que o uso de provas obtidas ilegalmente foi discutido é o caso *Nix v. Williams* (467 U.S 431) de 1984, em que Williams foi acusado pela morte de Pamela Powers, de dez anos de idade, em 24 de dezembro de 1968, em Des Moines, estado de Iowa.

A garota desapareceu de um edifício da YMCA, onde tinha ido acompanhar uma competição esportiva. Pouco depois de seu desaparecimento, Williams foi visto saindo do mesmo prédio carregando algo enrolado em um cobertor do Exército dos EUA. Um garoto de quatorze anos que ajudou William a abrir a porta do carro afirmou ter visto duas pernas “magras e brancas”.<sup>75</sup> O carro de Williams foi encontrado no dia seguinte em Davenport. Várias roupas da criança desaparecida, bem como roupas do acusado, além de um cobertor do Exército dos EUA foram encontrados numa parada na estrada que liga Des Moines a Davenport. Um mandado de prisão contra Williams foi expedido.

Cerca de duzentos voluntários começaram a procurar pelo corpo da vítima a partir do local em que os primeiros indícios foram encontrados. Williams foi preso e indiciado pela polícia de Davenport. Um advogado foi acionado. Policiais de Des Moines se comprometeram a buscar o suspeito em Davenport e trazê-lo para a cidade onde o delito havia ocorrido, sem realizar nenhum tipo de interrogatório no caminho.

No começo da viagem, um dos encarregados da tarefa – o detetive Leaming -, iniciou uma conversa falando a Williams sobre a dificuldade de encontrar o corpo diante da nevasca que estava prevista para aquela noite, além do direito da família da garota de enterrar seu corpo, ainda mais por se tratar da véspera de natal. Terminou dizendo que não queria que Williams lhe respondesse, apenas que pensasse sobre aquilo.

Ao se aproximarem de Grinnel, localidade em que os primeiros vestígios foram encontrados, Williams começou a perguntar aos policiais onde haviam sido encontrados

---

75 No original: “...he had seen ‘two legs in it and they were skinny and white’”.

determinados objetos, como o cobertor e algumas peças de roupa. Em seguida guiou-os a locais onde, segundo ele, tais objetos haviam sido deixados. Em pouco tempo os oficiais encarregados das buscas estavam junto de Williams e dos policiais encarregados de sua transferência para Des Moines.

As três da manhã os policiais responsáveis pelas buscas as encerraram, passando a seguir tão-somente as indicações de Williams. Um grupo de buscas, baseado no condado de Jaspers estava a apenas duas milhas e meia do local para onde Williams levou os policiais. O corpo da Pamela foi encontrado numa vala próxima da rodovia “Interstate 80”, dentro da área delimitada para buscas.

Em 1969 Williams foi acusado e julgado por homicídio. Seu advogado pediu que todas as provas relacionadas com a descoberta do corpo fossem retiradas do caso, inclusive a própria descoberta do cadáver, já que tais provas eram frutos de um relato do réu que violava seu direito à assistência por um advogado. O pedido foi negado. Williams foi condenado em primeiro grau, sendo a condenação confirmada pela Suprema Corte do Estado de Iowa.

Williams impetrou um *habeas corpus* perante a Corte Distrital para o Sudoeste de Iowa, sendo a ordem concedida pela Corte de Apelação do Oitavo Circuito para que as declarações que o incriminavam fossem excluídas do próximo julgamento. Todavia, a corte destacou que informações sobre a localização e as condições do corpo poderiam ser consideradas no julgamento, sob o argumento de que teriam sido descobertas, ainda que o acusado não tivesse falado nada.

No segundo julgamento, em 1977, nenhuma declaração de Williams foi colocada como prova, apenas laudos e conclusões de exames de corpo de delito. O tribunal estadual de Iowa concluiu que, caso as buscas não tivessem sido interrompidas em razão da presença do acusado, os voluntários teriam encontrado o corpo do mesmo modo, já que estavam próximos a ele no momento do encerramento dos trabalhos. O júri condenou Williams por homicídio à pena de prisão perpétua.

Williams apelou à Suprema Corte do Estado do Iowa, e, posteriormente, à Corte de Apelação do Oitavo Circuito. A primeira confirmou a sentença sob a tese da fonte independente; a segunda – uma corte federal - confirmou a condenação sob a tese da descoberta inevitável do corpo, em razão das buscas.

Williams contestou dizendo que a descoberta do corpo era fruto da violação à garantia a um advogado, prevista na sexta emenda à Constituição, e que, se a doutrina da descoberta

inevitável puder ser constitucionalmente admissível, somente o será se restar demonstrada a boa-fé na obtenção da prova, no caso, a boa-fé do policial (o detetive Leaming, responsável pela condução de Williams de Davenport para Des Moines). Tal exigência de boa-fé foi adotada pela Corte de Apelação, sob o argumento de que sem esta exigência a tentação para se violar a sexta emenda seria grande, e o efeito preventivo do princípio da exclusão restaria abalado<sup>76</sup>. O caso foi então levado à Suprema Corte dos Estados Unidos.

O voto condutor da decisão foi dado pelo *Chief Justice* Burger. Ele começa fazendo considerações sobre o desenvolvimento da garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas, sustentando que a Corte admite tal restrição à produção de provas, apesar dos custos sociais desta restrição, a fim de se evitar violações a garantias constitucionais e legais por parte da polícia. Desta forma, continua, a lógica do princípio da exclusão é que o procedimento se desenvolva como se nenhuma ilegalidade tivesse ocorrido, e não que o réu se veja numa situação melhor após a ilegalidade do que estava antes dela.

Em seguida, ele afirma, textualmente que:

A doutrina da fonte independente nos ensina que o interesse da sociedade em impedir condutas ilegais da polícia e o interesse público de que os jurados recebam todo o material probatório de um crime são devidamente balanceados se se coloca a polícia na mesma posição, e não numa posição pior, que estariam se nenhum erro ou conduta ilegal tivesse acontecido. (...) Quando a prova questionada tem uma fonte independente, a exclusão de tal prova deixaria a polícia numa posição pior do que aquela que existiria na ausência de qualquer erro ou ilegalidade. (...) Contudo, apesar da teoria da fonte independente não justificar a supressão de provas nesse caso, sua fundamentação é totalmente consistente e justifica nossa adoção da teoria de descoberta inevitável. (...) Se a acusação consegue provar que a informação teria sido inevitavelmente descoberta por meios legais – aqui a busca dos voluntários –, então a lógica da supressão tem tão pouco fundamento que tais provas deveriam ser admitidas. Menos que isso seria rejeitar a lógica, a experiência e o senso comum.<sup>77</sup> (BURGER, 467 U.S 431, 1984).

---

76 No original: "the temptation to risk deliberate violations of the Sixth Amendment would be too great, and the deterrent effect of the Exclusionary Rule reduced too far."

77 No original: "The independent source doctrine teaches us that the interest of society in deterring unlawful police conduct and the public interest in having juries receive all probative evidence of a crime are properly balanced by putting the police in the same, not a worse, position that they would have been in if no police error or misconduct had occurred". (...) "When the challenged evidence has an independent source, exclusion of such evidence would put the police in a worse position than they would have been in absent any error or violation." (...) "Thus, while the independent source exception would not justify admission of evidence in this case, its rationale is wholly consistent with and justifies our adoption of the ultimate or inevitable discovery exception to the exclusionary rule." (...) "If the prosecution can establish by a preponderance of the evidence that the information ultimately or inevitably would have been discovered by lawful means - here the volunteers' search - then the deterrence rationale has so little basis that the evidence should be received. Anything less would reject logic, experience, and common sense". (BURGER, 467 U.S 431, 1984).

Feitas mais algumas considerações pertinente a outras provas e dados do caso concreto, cassa-se a decisão da Corte de Apelação do Oitavo Circuito que exigia a prova da boa-fé do policial, para que se conclua o processo nos moldes da decisão anterior, qual seja, a da Suprema Corte do Estado de Iowa.

Um caso mais recente em que uma nova discussão acerca das provas ilícitas ocorreu foi *Murray v. United States* (487 U.S. 533) de 1988, que se reporta também ao precedente *Silverthorne*. Nele se discute a validade de provas obtidas a partir de uma busca e apreensão autorizada judicialmente, mas, com peculiaridades que exigiram a discussão sobre a validade do próprio mandado, diante da atitude prévia da polícia.

O caso, conforme narrado pelo *Justice* Antonin Scalia, foi o seguinte: a partir de dados fornecidos por informantes, agentes federais estavam vigiando Michael Murray. Na tarde de seis de abril de 1983 eles observaram Murray dirigir um caminhão e Carter<sup>78</sup> uma van verde para dentro de um depósito no sul de Boston. Depois de cerca de vinte minutos, saíram do depósito nos mesmos veículos. Os agentes federais puderam observar no local dois homens e um trator manejando um grande container. Murray e Carter, posteriormente, passaram seus veículos para outros dois condutores. Os veículos foram apreendidos e os condutores presos, por determinação judicial sem vícios. Havia maconha em ambos os veículos.

Após receber a informação de tal apreensão, vários agentes se dirigiram para o depósito no sul de Boston e forçaram sua entrada. Não havia ninguém no local, mas havia inúmeros pacotes suspeitos espalhados. Os agentes saíram sem mexer nos pacotes; mantiveram o depósito sob vigilância e requisitaram um mandado de busca e apreensão, sem, contudo, mencionar a prévia invasão ao depósito nem qualquer informação obtida dentro dele. O mandado foi expedido e aproximadamente dez horas após a primeira entrada, os agentes voltaram ao local e apreenderam duzentos e setenta pacotes de maconha e notebooks contendo informações sobre os compradores de toda a droga.

Os réus pediram a exclusão do material apreendido sob o argumento de que, como os agentes não informaram ao magistrado a primeira invasão, o mandado por ele expedido era inválido. A corte distrital negou o pedido, permitindo que o material fosse integrado ao conjunto probatório do processo. O fundamento do pedido – que foi discutido na Suprema Corte – é que permitir o uso de provas obtidas desse modo encorajaria a polícia a operar mais

<sup>78</sup> Carter foi réu num processo iniciado a partir da mesma investigação, e teve seu recurso julgado pela Suprema Corte dos EUA na mesma sessão que o recurso agora analisado.

vezes da mesma maneira, já que ela pouparia seu tempo de pedir mandados de busca e apreensão inúteis, além de poder validar o que havia sido antes – e ilegalmente – descoberto.

A posição adotada pelo *Justice* Scalia no voto condutor da decisão segue uma linha diversa:

Nós vemos os incentivos diferentemente. Um oficial com motivo<sup>79</sup> suficiente para obter um mandado de busca seria tolo se entrasse no edifício antes, de modo ilegal. Agindo deste modo ele arriscaria todas as provas existentes no local, tanto as vistas quanto as não vistas, já que sua ação adicionaria ao fardo normal de convencer um magistrado que há motivo para expedição do mandado o fardo muito mais oneroso de convencer uma corte de julgamento de que nenhuma informação obtida pela entrada ilegal afetou a decisão da polícia de requisitar o mandado, nem a decisão do magistrado de expedir o mandado. Nem teria o oficial sem motivos para obter um mandado de busca incentivos extras para uma entrada ilegal, já que o que quer que ele encontre não poderá ser usado para estabelecer o motivo para a expedição do mandado. (SCALIA, 487 U.S. 533, 1988)<sup>80</sup>.

Na conclusão de seu voto, Scalia afirma que embora o conhecimento sobre a droga tenha sido adquirido na primeira invasão (ilegal), também foi na segunda, que cumpria a ordem judicial; e que se a segunda invasão não é um resultado da primeira, não há razão para não se aplicar a teoria da fonte independente. E conclui que invocar o princípio da exclusão nesse caso colocaria a polícia numa posição pior, e não igual a que estaria se nenhuma irregularidade houvesse ocorrido, remetendo, no fim, ao precedente *Nix v. Williams*, que trabalhamos anteriormente.

Na parte da decisão que chamaríamos de “dispositivo”, a Suprema Corte determina que o caso seja remetido de volta à Corte de Apelação, para que ela o remeta de volta à Corte Distrital para que lá se decida até que ponto o prévio conhecimento da droga pela polícia influenciou no pedido do mandado, bem como em sua expedição.

Vale notar que ao longo do caso, diante de cada dificuldade encontrada, o *Justice*

---

79 O termo, no original, é “probable cause”, que optamos por traduzir por “motivo”, embora possa ser literalmente traduzido por “causa provável”, a fim de privilegiar o entendimento da passagem transcrita, em detrimento da exatidão lingüística da tradução.

80 No original: “We see the incentives differently. An officer with probable cause sufficient to obtain a search warrant would be foolish to enter the premises first in an unlawful manner. By doing so, he would risk suppression of all evidence on the premises, both seen and unseen, since his action would add to the normal burden of convincing a magistrate that there is probable cause the much more onerous burden of convincing a trial court that no information gained from the illegal entry affected either the law enforcement officers' decision to seek a warrant or the magistrate's decision to grant it. Nor would the officer without sufficient probable cause to obtain a search warrant have any added incentive to conduct an unlawful entry, since whatever he finds cannot be used to establish probable cause before a magistrate.” (SCALIA, 487 U.S. 533, 1988).

Scalia busca referenciar seus posicionamentos citando precedentes e mostrando como a discussão naquele precedente se aplica ao caso em questão. Assim, ao longo deste voto, ele faz referência, entre outros, a casos por nós já trabalhados, como *Silverthorne Lumber Co. v. US*, *Weeks v. US*, *Nardone v. US* e *Wong Sun v. US*.

Desta feita, o caso se harmoniza com os precedentes e, simultaneamente, inicia uma nova discussão, que será aprofundada em outros casos e causará, por assim dizer, uma evolução pontual no sistema. Garante-se sua estabilidade e a evolução.

Agora, em razão dos limites traçados neste trabalho, consideramos já suficientemente demonstrado o funcionamento do modelo do *Stare Decisis* nos EUA, já que, como exposto, precedentes criados em 1914 e 1920 continuam ainda vinculando casos recentes, sem, contudo, engessar o Judiciário quanto àqueles temas.

Assim, vamos agora analisar como o modelo dos precedentes tem sido utilizado no Brasil, observando para tanto decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de vedação às provas ilícitas por derivação no processo penal.

O primeiro passo é o estudo do *leading case* sobre o tema, qual seja, o HC 69.912-0 RS, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

#### **5.4 Estudo de caso: os frutos da árvore venenosa no STF**

O *leading case* no Brasil, no que diz respeito à vedação das provas ilícitas por derivação, traz a discussão acerca da validade de interceptação telefônica autorizada judicialmente em momento anterior à edição da lei que regulamentaria a norma constitucional que exigia a edição de diploma normativo específico para regular a matéria.

A descrição dos fatos se resume a dois parágrafos, de modo que não há como estabelecer de forma consistente os “fatos relevantes” para a decisão, sendo, todavia plenamente possível caracterizar tal *Habeas Corpus*<sup>81</sup> como um caso em que o tribunal julgou

---

81 É possível criticar a escolha do *habeas corpus* como parâmetro de comparação, de vez que tradicionalmente se aceita que tal instrumento tem restrições quanto à possibilidade de análise de material probatório. Contudo, tal crítica, para ser efetivamente válida, teria que passar por três questões: primeiro, o fato de que há uma série de situações em que nosso Código de Processo prevê recursos apenas para acusação, não deixando a defesa com outra opção que não o manejo do HC; segundo, o fato de que a questão da celeridade (ou a falta dela) no manejo dos recursos, dependendo da situação, obrigue a defesa a se valer do HC; terceiro, a questão do acesso à justiça, vez que apenas o HC, por não exigir capacidade postulatória, possibilita, em várias situações, que o acusado mesmo – não por opção, mas pela falta dela, ou seja, por não ter defensor técnico – faça valer a norma constitucional que estabelece que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito

apenas uma tese, e não um caso concreto.

Naquele processo, a tese discutida é a da aplicabilidade ou não da norma do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, e remete, a título de precedente, ao RHC 63.834 de relatoria do ministro Célio Borja, para sustentar a não aplicação na matéria do Código de Telecomunicações, a fim de suprir a exigência constitucional de regulamentação legal do referido inciso.

Cabe observar desde logo que, a despeito de citar um precedente, o relator do *Habeas Corpus* não aponta quais os fatos relevantes, ou mesmo o que se discutia no referido recurso ordinário em habeas corpus.

Os fatos, conforme se vê, são resumidos à informação que houve prisão em flagrante decorrente de vários meses de investigação, tendo havido neste período inclusive interceptações telefônicas autorizadas pelo competente juiz de direito a pedido da autoridade policial. Há ainda transcrição de partes da sentença, que, todavia, não possibilitam ao leitor o pleno conhecimento dos fatos juridicamente relevantes, mesmo porque, segundo o relator, a análise do conteúdo probatório não se mostra necessária.

A questão juridicamente relevante parece ser até que ponto é possível a utilização de provas diversas da própria degravação da interceptação, mas que só chegaram ao conhecimento das autoridades responsáveis pela persecução penal em razão do prévio e ilegal procedimento.

Afirma o ministro relator que:

O caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípio dos “**fruits of the poisonous tree**”: é que às provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas interceptadas só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência de uma interceptação ilícita de telefonemas. (BRASIL. STF. HC 69.912-0 RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1993).

Entretanto, estabelecendo divergência no julgamento, o Ministro Carlos Velloso entendeu que a sentença se baseava não apenas nas provas obtidas em razão da interceptação telefônica. Desta feita, não cabendo no procedimento do *habeas corpus* a análise necessária para verificar se os demais elementos eram suficientes para sustentar a sentença condenatória, indeferiu o HC.

---

será excluída da apreciação do Judiciário.

Ao final prevaleceu a tese divergente, sendo o HC indeferido por 6x5.

Todavia, a defesa impetrou mandado de segurança em razão de ter participado do processo, como membro do MPF, o filho do Ministro Néri da Silveira.

No segundo julgamento, o STF deferiu o HC, acolhendo a tese da vedação das provas ilícitas por derivação, sob o fundamento de que não havendo a lei específica exigida pela Constituição para regular procedimentos de interceptação telefônica, ainda que havendo autorização judicial, as provas derivadas de tal procedimento são contaminadas por sua ilicitude.

Outro caso em que a questão das provas ilícitas por derivação é debatida pelo Supremo é o do RHC 90.376-RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que se discute a admissibilidade de provas que só chegaram ao conhecimento dos órgãos de persecução penal em razão de uma busca e apreensão não autorizada realizada num quarto de hotel.

A narração das questões de fato relevantes ao caso limita-se a mencionar a referida invasão.

Ao longo da decisão discutem-se alguns problemas, como a extensão do conceito de “casa” para fins de proteção constitucional, bem como a questão do uso de provas obtidas em razão de uma prova anterior contaminada. Vale observar que a palavra “precedentes” aparece diversas vezes ao longo da decisão, sem, contudo, mencionar em momento algum qual caso anterior seria esse “precedente”. Ao fim da decisão há uma menção a “jurisprudência comparada”, sendo citados alguns casos emblemáticos da Suprema Corte dos EUA.

É preciso salientar também, que apesar da decisão já ter mais de um ano, ela ainda não foi publicada na íntegra, de modo que nossas observações partem tão-somente da ementa.

Mais recente manifestação do STF nesta matéria se deu no HC 93.050-6 do Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Celso de Mello que, contudo, não foi afetado ao pleno.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em razão de outro HC denegado pelo STJ, em que se sustentou a ilicitude das provas obtidas em operação conjunta da Receita Federal e da Polícia Federal.

Após um breve relato dos fatos, que se resume a reproduzir o relatório da primeira instância, o Ministro Celso de Mello passa a discutir a validade das provas ilícitas diretas e derivadas, e a amplitude do poder de fiscalização da Receita. É forçoso notar que em momento algum se discute com profundidade se a ação dos órgãos de fiscalização caracteriza ou não violação aos direitos fundamentais, o que seria, ao que tudo indica, a questão mais

relevante para o caso.

A seguinte passagem resume o conteúdo da decisão:

Na realidade, o defeito inquinador da validade jurídica da prova penal em questão, surgido com desrespeito à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, projetou-se, com evidente repercussão causal, sobre os demais elementos probatórios, que, não obstante produzidos, em momento superveniente, de modo (aparentemente) legítimo, achavam-se contaminados pelo vício da ilicitude de origem, não havendo que se cogitar, desse modo, na espécie, de fontes autônomas de revelação da prova e que, sem qualquer relação causal com a prova originariamente ilícita, pudessem dar suporte independente e legitimador à formulação de um juízo condenatório. (...) A ilicitude da prova, nesse particular contexto, transmitiu-se, por repercussão, a outros dados probatórios que nela se apoiaram, ou que dela derivaram, ou que nela encontraram seu fundamento causal. (BRASIL. STF. 2º turma. HC 93.050-6 RJ. Rel. Min. Celso de Mello. 2008).

Não há na decisão do Supremo, por exemplo, discussão acerca do fato de que o Superior Tribunal de Justiça entendeu afastada a ilicitude das provas em razão de haver outra fonte que levou à mesma conclusão. A decisão limita-se a citar uma série de precedentes para corroborar a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas diretas e por derivação.

Ora, é de se questionar qual o sentido de se produzir uma decisão tão volumosa para simplesmente reafirmar uma posição e uma metodologia que estão consolidadas no Supremo desde 1993, ano do julgamento do *leading case* na matéria.

Em síntese, podemos concluir que, diversamente do modo de operação do *Stare Decisis* nos Estados Unidos, o modelo dos precedentes no Brasil tem sido utilizado, regra geral, para reafirmar o que está há tempos consolidado. Enquanto lá o precedente estabiliza ao mesmo tempo em que garante a flexibilidade, aqui ele é utilizado apenas para reafirmar a longevidade das teses adotadas pelo Supremo.

Tal constatação não poderia ser diferente, vez que se trata de um modelo muito particular sendo aplicado num país de tradição absolutamente diversa, em que os operadores do sistema, sejam eles advogados, juízes ou membros do Ministério Público simplesmente não têm conhecimento técnico para lidar com o sistema do *Stare Decisis*.

Concluimos, então, que o uso de tal metodologia pode ser justificado mais pelo grau de legitimação que ela, em tese, daria às decisões judiciais, já que a referência a precedentes demonstraria que a tese em debate no tribunal de cúpula tem sido debatida também em outras instâncias, contribuindo para a legitimidade discursiva do sistema.

Tal conclusão, como veremos a seguir, não é verdadeira já que, diversamente do

sistema copiado, aqui as teses são imposta verticalmente, sendo, regra geral, fruto de elaboradas discussões **entre** os ministros do Supremo Tribunal Federal.

Para sustentar essa colocação, vamos analisar o uso dos precedentes especificamente a partir da ideia de que eles deveriam colaborar para a legitimidade discursiva do sistema. Faremos isso a partir da análise do instituto da súmula vinculante, em especial a de número onze, que regulamenta o uso de algemas no Brasil.

### 5.5 Manejo inadequado: o risco da importação de institutos jurídicos

A legitimidade das decisões tomadas no paradigma do Estado Democrático de Direito não é compatível com a ideia de legitimação pela simples legalidade, como ocorria no Estado de Direito:

Em tal Estado, lei e aplicação da lei, legislador e aplicação da lei existem separados entre si. São as “leis que regem”, e não os indivíduos, as autoridades ou as instâncias superiores. Dito de uma maneira mais clara: as leis não regem, elas *vigem* apenas como normas. Domínio e puro poder simplesmente deixam de existir por completo. Quem exerce poder e domínio, age “com base em uma lei” ou “em nome da lei”. Apenas faz valer, com legitimidade, uma norma vigente. (...) Um sistema fechado de legalidade fundamenta a pretensão sobre a obediência, justificando que se elimina toda e qualquer pretensão sobre a resistência. Nesse caso, a forma especial de manifestação do Direito é a lei e a justificação específica da coerção estatal é a legalidade. (SCHMITT, 2007, p.3).

Nesse novo paradigma em que estamos inseridos, a construção da ideia de legitimidade das decisões deve necessariamente passar pela implementação do adjetivo “democrático”, sob pena de estarmos correndo sem sair do lugar, como na imagem da “Síndrome da Rainha Vermelha”.<sup>82</sup>

A concretização da ideia de democracia implica, segundo entendemos, que as tomadas de decisões se dêem por intermédio do princípio da democracia, conforme construído por Habermas (2003), de modo que todos os afetados pela decisão tenham tido a oportunidade de se manifestar sobre o assunto em debate, de modo a se reconhecerem como seus co-autores.

82 “Exausta com o esforço, ela se frustra quando percebe que não saiu do lugar. No mundo da Rainha vermelha é assim mesmo. Corre-se mais e mais, para não sair do lugar. Aliás, é preciso correr muito para ficar no mesmo lugar”.

O personagem é de Lewis Carrol, em “Alice no País das Maravilhas”; a imagem a que nos referimos está em “A Síndrome da Rainha Vermelha” (ROLIM, 2006).

A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia, só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*. (HABERMAS, 2003, p.158).

A ideia da legitimação das súmulas vinculantes, como se depreende das exigências para sua edição feitas pela própria Emenda Constitucional número 45, pode ser remetida à ideia da teoria do discurso, tal como a compreendemos. Vejamos.

O texto acrescido à Constituição sob a forma do artigo 103-A e seus parágrafos exige como condições à edição de súmula vinculante “controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública” e “reiteradas decisões sobre a matéria constitucional”.

Não pode haver controvérsia se não houver prévio debate. Não há reiteradas decisões sem que tenham existido prévios processos judiciais. Processo judicial e controvérsia entre órgãos do judiciário e a Administração Pública pressupõem e resultam em discussão sobre a matéria controvertida.

Se tais pressuposições que fazemos forem verdadeiras, e assumimos que são, a possibilidade da elaboração de súmulas vinculantes, tal como delineada pelo texto constitucional, poderia extrair sua legitimidade da participação entre os diversos interessados na matéria a ser sumulada, de vez que a eles, no curso dos processos judiciais deveriam ser asseguradas todas as garantias que hoje compreendem o contraditório, como expusemos anteriormente. Assim ele será “guindado a elemento normativo estrutural da participação, assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual” (NUNES, 2008, p.227). Em outras palavras, a legitimidade das súmulas adviria da efetivação do princípio da democracia.

É preciso dizer, desde logo, que não estamos alheios à crítica de Lenio Streck (2005) quando afirma que

Ninguém ignora que – até no sistema em vigor – ao editarem súmula, o STF ou o STJ passam a ter o poder maior que o Poder Legislativo. Com o poder constitucional de vincular o efeito das súmulas e até mesmo das decisões de mérito do Supremo

Tribunal Federal, o Poder Judiciário, por suas cúpulas, passará a legislar, o que, à evidência, quebrará a harmonia e a independência que deve haver entre os Poderes da República. (STRECK, 2005, p.108).

Nem tão pouco àquela formulada por Marcelo Cattoni quando diz que

Assim, no caso brasileiro, tal jurisprudência de valores tardia pode fazer o Supremo Tribunal Federal “guardião da moral e dos bons costumes”, uma espécie de sucessor do Poder Moderador, ou, quem sabe, do Santo Ofício, a editar um *codex* e um *index* de boas maneiras para o Legislativo e para o Executivo. Ao final, uma postura pode mascarar uma intolerância extrema e preconceituosa para com os processos políticos e seu tempo, ao defender uma concepção elitista e autoritária de *democracia possível*, com a qual quem perde, mais uma vez, é a cidadania. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2009, p. 51).

As críticas elaboradas pelos referidos juristas compartilham da relevante constatação de que “a linguagem tornou-se apenas mais um instrumento no gigantesco aparelho de produção da sociedade moderna” (HORKHEIMER, 2002, p.30). Todavia, o cerne do problema, pelo menos nos parece, é que não é preciso ir tão longe para criticar o instituto da súmula vinculante. De fato, nas exigências para a elaboração das súmulas remete-se à ideia de precedentes (prévias decisões judiciais precedidas, claro, de prévio debate administrativo e judicial), na *praxis* do Supremo tal requisito de legitimação do próprio procedimento tem sido desconsiderado, o que acaba com o único modo possível de legitimação daquele instituto num contexto de Estado *Democrático* de Direito.

A esta conclusão se pode chegar, por exemplo, examinando os precedentes – indicados pelo próprio STF -, da súmula vinculante número onze, que trata do uso de algemas.

Em nossa concepção, a ideia de precedentes judiciais caminhará junto à da teoria discursiva, no que diz respeito a legitimar decisões *erga omnes* do judiciário, caso as exigências do modelo americano (extensa fundamentação das decisões, determinação dos fatos relevantes no caso, identificação do *holding* e da *rationale*, etc) fossem seguidas, bem como se as garantias que compõem o contraditório (como o compreendemos) fossem respeitadas.

Todavia, o Supremo elenca como precedentes quatro decisões apenas, sendo que nas duas primeiras não há discussão sobre fatos, mas apenas sobre teses, e a última ainda não foi disponibilizada para consulta, de forma que a legitimação da referida súmula, hoje, está

adstrita a um único julgado<sup>83</sup>, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia.

O primeiro precedente informado é o RHC 56.465, de 05/10/1978, que teve como relator o Ministro Cordeiro Guerra.

No que diz respeito à questão do uso de algemas, neste recurso questiona-se o constrangimento ilegal decorrente do uso de algemas em audiência, o que se descobre da transcrição do parecer do Ministério Público, que se resume, neste ponto, a “ter assistido algemado a depoimento testemunhal”. (BRASIL. STF. RHC 54.465. Rel. Min. Cordeiro Guerra. 1978). É essa a descrição do fato relevante.

Sobre ela, o ministro se manifesta nos seguintes termos: “o uso de algemas não constitui constrangimento ilegal, quando necessário a preservar a segurança das testemunhas e evitar a fuga de presos”. (BRASIL. STF. RHC 54.465. Rel. Min. Cordeiro Guerra. 1978).

O recurso teve provimento negado, por unanimidade.

O segundo precedente indicado é o HC 71.195, de 04/08/1995, relatado pelo Ministro Francisco Rezek. A descrição do fato relevante, no relatório, se resume a apontar que se “questiona a validade do julgamento pelo fato do réu ter permanecido algemado em plenário, o que teria influenciado negativamente o conselho de sentença” e que “havia informações de que o réu pretendia agredir o Juiz Presidente e o Promotor de Justiça, o que motivou o uso das algemas durante o julgamento”, concluindo com a informação de que a medida “contou com expressa concordância do advogado de defesa”. (BRASIL. STF. HC 71.195. Rel. Min. Francisco Rezek. 1995).

Em seu voto, o relator se limita a afirmar que “foi a medida justificada à vista da necessidade de garantir segurança ao juiz presidente e ao promotor de justiça”. (BRASIL. STF. HC 71.195. Rel. Min. Francisco Rezek. 1995).

O *habeas corpus* foi indeferido, por unanimidade.

Há, por fim, o HC 89.429, de 22/08/2006, relatado pela ministra Cármen Lúcia. Ela destoa da prática do Tribunal ao fazer relato com considerável detalhamento, embora ainda não na medida em que o faz a Suprema Corte dos Estados Unidos, que, como vimos, chega a narrar detalhes das operações policiais.

Expõe como relevantes os fatos de o paciente ser conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, de o paciente ter sido algemado em casa e assim exposto à imprensa, e de a prisão ter se dado em razão de mandado expedido pelo Superior Tribunal de Justiça.

---

83 Que, vale dizer, não é do plenário do tribunal, mas da primeira turma.

Informa ainda que o ponto central a ser debatido é a utilização de algemas no caso de pessoas detidas que não oferecem a mínima oposição à atuação policial, e que o pedido principal é que se determine que a Polícia Federal não utilize algemas na condução do paciente, vez que ele não se opôs à atuação dos agentes policiais.

A ministra se põe então a expor uma pesquisa feita em relação ao tratamento legislativo do uso de algemas desde as primeiras legislações a vigor no Brasil, antes mesmo de ter se tornado “Brasil”, até os dias de hoje. Passa também pela análise de alguns julgados do STJ sobre o assunto para concluir da seguinte maneira:

No caso agora apreciado, não constato qualquer indício ou prova de reação violenta ou inaceitação das providências policiais por parte do ora Paciente. Não verifico, pois, qualquer motivo para que as autoridades tidas como coatoras façam uso das algemas na condução do Paciente, ficando ressalvadas as hipóteses excepcionais permitidas em lei. (STF. BRASIL. HC HC 89.429. Rel. Min. Cármen Lúcia. 2006). (Grifei).

O *habeas corpus* foi concedido.

O último precedente mencionado pelo Supremo, como já dito, não foi ainda disponibilizado.

Não estamos teorizando. Estamos vivendo a Síndrome da Rainha Vermelha, e como a Alice de Lewis Carrol, corremos, muito, e permanecemos no mesmo lugar.

Resta-nos levantar a questão: como pode um debate restrito a tão poucos interessados dar legitimidade, num contexto democrático frise-se, a uma súmula que deveria vincular todos os juízes, tribunais e órgãos da Administração Pública do país?

## 5.6 Crítica sobre a legitimidade do judiciário

A legitimidade das decisões judiciais, em razão do destaque que a atuação do Judiciário vem tendo, deve ser posta no centro do debate da questão da legitimidade da tomada de decisão em contextos democráticos.

Já que, diversamente dos demais Poderes constituídos, o Judiciário não tem qualquer respaldo popular direto, é preciso pensar um modo pelo qual as decisões judiciais não sejam legitimadas tão-somente de modo indireto, em razão de sua “obediência” à lei, mesmo porque

a lei, como se adverte desde o giro-linguístico, nada mais é que linguagem, não tendo valor imanente em si.

Pudemos observar que existe uma nova base teórica, ainda em construção, mas com traços já consolidados, em que a questão da legitimidade das decisões assume uma feição nova, apta a concretizar o agora sempre presente adjetivo “democrático”.

É preciso ter, contudo, coerência, no método e na técnica, de forma que a expressão “ordenamento jurídico” não seja simplesmente um termo genérico que significa tão somente “conjunto” e ao invés de “sistema”. É preciso levar o postulado da igualdade, entendido como a possibilidade de cada um ser tão diferente quanto deseje, para a base do sistema jurídico, permitindo a todos que contribuam com sua individual percepção da realidade para a construção de um Direito que não é compreendido como imposto ou dado, mas como construído, como um sistema coerente, enfim, como a consolidação no mundo jurídico da ideia de pluralismo, ou de unidade na diversidade.

Em seguida buscaremos então propor uma nova forma de se ler o dispositivo constitucional que veda a utilização de provas ilícitas no processo penal, a fim de flexibilizá-lo de modo que possa dialogar com os postulados da hermenêutica contemporânea, nas vertentes aqui adotadas.

## **6. A adequação do inflexível: o princípio da exclusão filtrado pelo modelo constitucional de processo.**

### **6.1 Introdução**

Depois de termos estabelecido como problema deste trabalho a questão da legitimidade das decisões jurídicas, é preciso centrar nossa análise à específica problemática referente à interpretação do princípio da exclusão, sob o paradigma de um modelo processual e constitucional que impõe o policentrismo na construção das decisões judiciais, e, por consequência, na interpretação das premissas que antecedem determinada decisão.

Retomando nosso problema: pode haver legitimidade na decisão penal que se fundamenta em provas obtidas por meio ilícito?

Temos, essencialmente, um problema de hermenêutica, que poderia ser enunciado didaticamente da seguinte forma: como superar a interpretação meramente literal do texto do artigo 5º, LVI da Constituição brasileira, que determina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”?

O tratamento consolidado por boa parte da doutrina e jurisprudência nacionais pode ser resumido, pelo seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do HC93.050, do Rio de Janeiro:

A norma inscrita no art. 5º, LVI, da vigente lei fundamental consagrou, entre nós, o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre pelos juízes e tribunais, ‘por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (...)’.  
(BRASIL. STF. HC93.050-6, rel. Min. Celso de Mello).

É preciso sublinhar desde já alguns aspectos sobre a técnica de formulação desta decisão. Nela, o julgador, antes de analisar as peculiaridades do caso, pré-julga a tese da absoluta impossibilidade de se admitir qualquer prova ilícita no processo penal. Após estabelecer este ponto de partida, ele então analisa os fatos que fizeram com que fosse necessária a instauração de um processo judicial.

Da afirmação – acertada em nosso ponto de vista - de MacIntyre (2001) de que a separação entre questões teóricas e questões fáticas – ou questões de fato e questões de direito, como utilizado no jargão jurídico – não pode subsistir diante do atual estágio da

filosofia da ciência. Isto se dá pelo simples fato de que há, hoje, plena consciência de que as formulações teóricas condicionam nossa percepção dos fatos, podendo dar início a uma confrontação com os “métodos”<sup>84</sup> hermenêuticos que têm sido utilizado para lidar com a questão das provas ilícitas no processo penal, especialmente se partirmos de um caso concreto, como o retratado no referido *habeas corpus* 93.050.

Ora, desde o início o Min. Celso de Mello condiciona sua percepção dos acontecimentos a uma pré-compreensão da norma constitucional, como se ela tivesse, por si mesma, todo o conteúdo jurídico possível, não cabendo, em hipótese alguma (afinal, “deve ser repudiada, e repudiada sempre”) qualquer outra interpretação do disposto naquela parte do texto constitucional.

Daí falarmos em adequação do inflexível. Inflexível é como se mostra a compreensão do princípio da exclusão hoje no Brasil.

Surge então a necessidade de se atualizar tal situação, e isso pode ser feito – pensamos – pela mudança de paradigma de interpretação jurídica e de modelo processual, simultaneamente (ou consequentemente).

Para pensarmos em mudança, entendemos conveniente explicitar *a priori* a situação dominante em termos de hermenêutica neste início de século XXI, no Brasil. Nesse sentido, muito útil é a constatação feita por Lenio Streck (1999) na doutrina brasileira em geral, acerca dos métodos interpretativos e seus problemas:

Assim, começando por Aníbal Bruno, interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido, sendo que, quando a lei é clara (...) a interpretação é instantânea. Conhecido o texto, complementa o autor, apreende-se imediatamente seu conteúdo. De certo modo, Bruno acreditava na busca de um sentido primevo da norma (texto jurídico), na medida em que falava da possibilidade de o intérprete apreender o ‘sentido das palavras em si mesmas’. Por trás (e/ ou próximo) da concepção defendida por Bruno – que ainda impera no âmbito do sentido comum teórico dos juristas – está, entre outras questões, a teoria correspondencial da verdade, e a crença de que existe uma natureza intrínseca da realidade. Neste caso, a linguagem tem um papel secundário, qual seja, a de servir de veículo para a busca de verdadeira ‘essência’ do Direito ou do texto jurídico-normativo. (STRECK, 1999, p. 75).

A passagem transcrita, tal como a compreendemos, revela que a mudança do paradigma filosófico da relação sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito – portanto para a

---

84 As aspas se justificam pois: “Gadamer, aliás, transporta a guinada hermenêutica para a filosofia prática, renegando a obsessão metafísica do historicismo na procura de métodos de uma interpretação objetivamente válida e a negação kantiana das possibilidades cognoscitivas do gosto e do juízo. A tarefa da hermenêutica ‘não é desenvolver um procedimento de compreensão, mas esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão’ afirma.” (SAMPAIO, 2005, p.366).

filosofia da linguagem, já que é ela o instrumento e o meio de tal relação -, não chegou ainda, de modo consistente pelo menos, na seara da interpretação jurídica. Desconsidera-se a constatação de que a linguagem não é um meio neutro de manifestação do Direito, e permite-se a continuação da ideia da prevalência absoluta do sujeito-intérprete, nos seguintes termos:

Quem somos nós, que são esses olhos que estão no mundo e veem e conhecem e compreendem? Seres pensantes, somos a dimensão – única, segundo sabemos – onde aquilo que é se revela em nosso pensamento objetivo, em nossa compreensão, em nossa ação, em nossa criação, em cada forma de nossa experiência. Mais ainda: temos não apenas consciência, mas consciência de nós mesmos. Nesta consciência não há tão-somente revelação, mas revelação de si para si mesma. (JASPERS, 1976, p.36). (*Grifo nosso*).

Desta constatação acerca da não mudança de paradigmas, advém a manutenção de um método hermenêutico que, mesmo após o giro linguístico, possibilita que um texto normativo seja interpretado antes de se conhecer o contexto de sua aplicação. Em outras palavras, a constatação fática funciona como obstáculo ao desenvolvimento teórico, ao invés de estimular seu aprimoramento.

Ainda, percebemos claramente que a relação entre dogmática e aplicação, tais como definidas por Atienza (2006) mostra-se problemática, de vez que a dogmática é usada como meio de legitimar a pré-compreensão do julgador sobre o texto.

Em síntese, ao adotar uma postura de legitimidade decorrente tão-somente da legalidade, resumindo a discussão à aplicação silogística do disposto no inciso LVI do artigo 5º da Constituição, o Supremo – no caso – engessa a possibilidade de novos argumentos surgirem, e de os debates acerca da vedação de provas ilícitas no processo penal tomarem um novo fôlego dentro do judiciário.

Vale ressaltar também, que a postura parcial adotada neste julgamento guarda problemas ligados ao que chamaremos de “escolha estratégica de precedentes”.

Por escolha estratégica de precedentes pretendemos nos referir ao fato de que o STF às vezes menciona apenas os precedentes que sustentam suas próprias posições, como se fossem os únicos existentes. Todavia, há necessidade de que, sempre que se reporte a manifestações de terceiros, tal referência não seja descontextualizada. No caso do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre esta matéria, a referência descontextualizada aparece quando se invoca a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos como ponto de apoio na

matéria, mas não mostra que, lá, o desenvolvimento não está cristalizado, o que já demonstramos em outra oportunidade. É preciso, inclusive, relatar que a possibilidade de discussão da matéria perante os tribunais americanos permite que a discussão também seja frutífera na dogmática, havendo até quem defenda o fim do princípio da exclusão naquele país. (ATKINS; RUBIN, 2003) (JACKSON, 1995).

Do ponto de vista do paradigma processual, acreditamos que a mudança decorrente da absorção da teoria discursiva por uma específica Teoria do Processo, implica a impossibilidade de que um dispositivo seja interpretado do modo como foi (no HC 93.050 STF).

Esta impossibilidade ocorre em razão de que em tal concepção de processo, a legitimidade das interpretações/ decisões é garantida discursivamente. Em outros termos, a institucionalização de um procedimento em contraditório visa garantir que as concepções e argumentos de todos os possíveis/ prováveis afetados pelo processo influam na decisão, o que parece impedir que se aceite que um julgador, seja ele qual for, estabeleça pré-conceitos à análise do caso concreto. De fato, tal conduta além de impedir que as particularidades do caso sejam percebidas e discutidas, obsta também que determinadas linhas de argumentos sejam utilizadas perante aquele julgador.

No modelo processual em que se construiu a rigidez interpretativa do disposto no artigo 5º, LVI da Constituição, os atores que serão afetados pelo processo ingressam nele já parcialmente limitados pelos preconceitos do julgador. Isto restringe suas possibilidades argumentativas, não se coadunando, portanto, com a ideia de legitimidade decorrente da adequação ao direito vigente somada à racionalidade discursiva. É importante ressaltar que há, no novo paradigma, um duplo critério de aferição de legitimidade: adequação ao direito vigente e racionalidade discursiva. (HABERMAS, 2003, p.244).

Isto exige que trabalhemos estes dois conceitos separadamente, já que a ideia de adequação ao direito vigente tem especificidades que dependem do paradigma jurídico a partir do qual é observada, e a ideia de racionalidade discursiva, tal como a trabalhamos, pede que se explique melhor a ideia de modelo constitucional de processo, que funciona como pano de fundo à discursividade.

No entanto, antes de partirmos para tal etapa, parece conveniente que tratemos de outras respostas que geralmente se dão à questão da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Ainda que não cheguemos a uma resposta definitiva - o que não é mesmo

desejado aqui, já que tal meta é por nós tida como impossível de ser alcançada -, podemos chegar, pelo menos, ao que acreditamos ser a melhor resposta possível neste momento, diante do atual quadro de paradigmas que se nos apresentam.

A resposta mais comumente obtida para a questão da utilização de provas ilícitas no processo penal é de que tal situação, no caso de prova benéfica à defesa, não deve ser afastada de plano, mas, regida pelo princípio da ponderação. Tal colocação é uma constante nos manuais<sup>85</sup> que formam os “operadores médios do Direito”, como se se tratasse mesmo de questão posta fora de discussão.

Assim a afirmação de Scarance Fernandes:

Não se pode olvidar, contudo, que, segundo forte corrente, a prova ilícita em favor do réu deve ser admitida quando seja meio eficaz de evitar condenação injusta. Nessa ótica, não deveria o tribunal determinar o desentranhamento pedido pelo Ministério Público quando, sem a prova, o réu seria condenado, alterando-se anterior solução absolutória. Haveria, aqui, justa aplicação do princípio da proporcionalidade. (FERNANDES, 2002, p.92).

Acreditamos que tal tese se mostra insustentável. Isso, pois a base teórica de tal constatação já foi severamente atacada por diversos autores, sendo considerada, por muitos, insuficiente para o trato das questões difíceis que se apresentam ao Direito hoje.

Neste sentido a afirmação de Klaus Günther:

O modelo de ponderação, é verdade, permite examinar diversas normas, isto é, em princípio, todas as aplicáveis em uma situação, mas não consegue indicar um critério pelo qual o procedimento de ponderação poderia orientar-se. (Günther, 2004, p.332).

Trazendo tal constatação para nosso problema, teríamos que uma eventual ponderação no caso concreto terminaria não com uma decisão construída pelos envolvidos – logo com maior chance de ser tida como legítima -, mas com uma decisão com excessivo nível de subjetividade do juiz, já que em tal modelo a necessidade/ possibilidade de argumentação não precisa (nem é) ser levado ao nível daquele exigido pela teoria discursiva de Habermas. Se tivermos em conta ainda o caráter entimemático<sup>86</sup> do Direito, percebemos como tal situação é

---

85 Cf. por todos: PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*.

86 Por caráter entimemático se quer dizer que na argumentação jurídica nem todas as premissas/ argumentos considerados numa tomada de decisão são rigidamente explicitadas. (ATIENZA, 2006).

ainda mais problemática.

Interessante observar inclusive que, na situação oposta, ou seja, considerando a possibilidade de ponderação pro *societate*, o STF se manifestou no mesmo *habeas corpus*, no sentido de que “o princípio da proporcionalidade (...) não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos”.(BRASIL. STF. HC93.050-6, rel. Min. Celso de Mello). Ou seja, o próprio Tribunal tem restrições quanto ao uso da proporcionalidade. Ele a vê como técnica a ser utilizada unidirecionalmente, como se fosse pacífico que determinados valores/ objetivos textualmente elencados na Constituição tivessem privilégios sobre outros valores/ objetivos igualmente elencados no texto constitucional, de forma que a proporcionalidade só poderia ser utilizada para reafirmar os valores aceitos como dominantes.

Uma última crítica, em outra linha de pensamento, deve ser transcrita:

Por meio da razoabilidade, a Constituição escrita se esvaziou de conteúdo, pondo em crise os seus fundamentos teóricos. Com efeito, o reconhecimento de um princípio como a razoabilidade abre janelas de incerteza nos discursos de aplicação constitucional, a ponto de não sabermos precisar, com alguma segurança, as fronteiras entre o terreno constitucionalmente protegido e a zona constitucionalmente proscribita. Pior ainda, tanto a escritura quanto a supremacia da Constituição e os confins dos poderes estatais vão habitar o mesmo pântano de névoas e incertezas. Ter ou não ter Constituição escrita, o que antes parecia limite bastante e seguro aos poderes do Estado, não faz diferença, porque é a razoabilidade que o define a posteriori e concretamente. (SAMPAIO, 2003, p.94).

Em síntese: fecha-se em absoluto o espaço de argumentação, independentemente da situação e dos eventuais argumentos.

Feitas estas considerações, passamos agora a trabalhar com a questão da adequação ao direito vigente, e, em seguida, a da racionalidade discursiva, que são os requisitos de legitimidade das decisões na teoria discursiva.

## **6.2 Filtragem pelas peculiaridades dos sistemas: o senso de adequabilidade.**

Historicamente, a partir do momento em que se concebe como Direito tão-somente o positivo, e não mais o Direito Natural (BOBBIO, 1995, p.27), começa a preocupação com a adequação das decisões ao direito vigente.

Certo é que a concepção de determinada situação ou decisão como adequada ou não mudou e continua mudando conforme o tempo passa. Num momento, adequada era a interpretação em que havia mera subsunção do fato à letra da lei; noutra, a adequação dependia da consideração da história de um determinado povo e de seu *Volksgeist*<sup>87</sup>.

Aqui iremos usar a ideia de que “adequar” é parte da concretização do conteúdo jurídico de determinado texto normativo, ou, em outros termos, é parte determinante da construção da significação do enunciado legal, e que tal tarefa é necessária independentemente da posição do texto normativo com que estejamos lidando.

Para que se determine se algo é ou não adequado, é necessário que haja concreção. É a aplicação que determina se uma norma é ou não adequada. A adequabilidade de uma norma deverá ser aferida mediante o exame de todas as características da situação, bem como a consideração de todas as normas que eventualmente puderem ser aplicadas. A adequabilidade refere-se, portanto à sua relação com a situação e a todas as normas que possam a ela se reportar. O discurso de aplicação se caracteriza pela tentativa de considerar todas as características de uma situação em relação a todas as normas que possam remeter-se a elas. (MOREIRA, 2004, p.17).

Estabelecidas tais bases, devemos então lidar com a questão de como as peculiaridades dos sistemas envolvidos na definição do conteúdo jurídico dos dispositivos afetam nossa compreensão da tarefa de interpretar.

No caso do texto específico que examinamos, qual seja o do artigo 5º, LVI da Constituição, podemos afirmar que os sistemas envolvidos na concretização de seu conteúdo jurídico são o jurídico e o social, já que o referido dispositivo é diretamente endereçado aos operadores do sistema de persecução penal, e, por consequência, interfere diretamente na questão da segurança pública, que ultrapassa, largamente, a esfera de atuação e de estudo do Direito.

É certo que falar em sistema jurídico e sistema social parece levar a um engano: o de que estariam separados. Não nos falta consciência de se trata de sistemas grandemente sobrepostos. Todavia, a distinção aqui feita deve-se ao fato de que o sistema jurídico – que é nosso objeto de análise mais direto – pode ele próprio ser fracionado em sub ou micro-sistemas por si mesmos bastante complexos, como o subsistema processual e o constitucional, razão pela qual essa divisão que fazemos se dá para fins meramente metodológicos.

---

87 O “espírito do povo”, parte essencial da construção da Escola Histórica do Direito, cujo mais conhecido representante é Carl Friedrich von Savigny.

Essa divisão também é útil para facilitar nossa visualização dos fatores que compõem o pano de fundo “fático” com toda sua complexidade, e que devem ser tomados em consideração no momento da concretização do significado do texto.

Um último aspecto que vale ser mencionado é que tal divisão nos possibilita compreender melhor nossos próprios pré-conceitos diante da tarefa de interpretar um texto, seja ele qual for. Isto é especialmente relevante quando se parte da ideia – ideia que adotamos -, de que “a interpretação é um acontecer na história do intérprete como um processo de autocompreensão do ser ou como uma prática institucionalizada em uma determinada associação de praticantes da atividade interpretativa”. (SAMPAIO, 2005, p.363).

Ainda, parece que o conhecimento/ consciência de nossos pré-conceitos e de toda a situação “fática” envolvida na definição do conteúdo jurídico de um enunciado num determinado momento e lugar é algo determinante para se garantir as condições procedimentais de que trata Günther (2004), ou, mais especificamente, garantir “condições gerais de simetria que excluam qualquer coação, exceto a do melhor argumento”. (GÜNTHER, 2004, p.76).

De tudo isso – nos parece -, é possível inferir que o método adotado pelo Supremo Tribunal Federal na decisão paradigmática do *habeas corpus* 93.050, bem como o da doutrina que sustenta o uso da ponderação para admitir o uso de provas ilícitas em favor da defesa é equivocado. Isto pois, a melhor/ mais adequada concepção possível neste momento é a que busca um “interpretar sem métodos”<sup>88</sup>. A adoção de um método, por si só, parece representar uma escolha prévia ao conhecimento dos fatos, premissas e argumentos, o que acarreta – como pensamos já ter demonstrado – a limitação das possibilidades argumentativas dos envolvidos<sup>89</sup>, que entram no processo sabendo dos métodos/ linhas teóricas adotados por determinados juízes ou tribunais.

Este esboço das consequências de um interpretar a partir de métodos, no contexto de uma discussão sobre a vedação ao uso de provas ilícitas no processo penal, exige que se delineiem desde já quais fatores se mostram relevantes para a concretização do conteúdo jurídico do artigo 5º, LVI da Constituição. Assim nos antecipamos à questão da possibilidade

---

88 Entendido como aquele interpretar que, partindo da ideia do “círculo hermenêutico”, vê como impossível se estabelecer pré-conceitos rígidos que devam ser aceitos como válidos *prima facie* pelo intérprete/ aplicador.

89 No dizer de Gadamer, “Em si mesmo, 'preconceito' quer dizer um juízo que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa. No procedimento juris-prudencial um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa evidentemente uma redução de suas chances”. (GADAMER, 1999, p.276).

de que o resultado desta concretização fosse algo contrário ao que nossa primeira interpretação daquele texto - interpretação literal, que segue a linha daquela do HC 93.050 -, nos revela. E aqui é preciso advertir que a escolha da base teórico-interpretativa pode ser a diferença entre combater o que gostaríamos de proteger, ou proteger o que gostaríamos de combater. Desse modo, não é possível desconsiderar, além de todas as particularidades de cada caso concreto que venha a ser analisado, o pano de fundo diante do qual tais casos ocorrem.

Com isto queremos dizer que, ao trabalhar na definição do conteúdo jurídico daquele dispositivo da Constituição, devemos ter em conta, por exemplo, que o processo deve ser compreendido como uma garantia do cidadão, e não apenas como o meio através do qual o Estado se legitima a aplicar a norma penal. Devemos observar ainda o cenário da (in)segurança pública, que se mostra em níveis de degradação tais que, em alguns locais, ameaçam a própria ideia de Estado – já que dificulta/ impede que ele lá chegue para prover/ possibilitar serviços e dignidade à população.

Estes dois fatores, por si só, nos parecem aptos a demonstrar a contraposição entre público e privado que permeia – e deve sempre permear -, tal discussão. E já que não se pode previamente optar pela prevalência de um ou outro destes fatores, outra saída não se mostra que não a adoção de um modelo de julgamento pautado pela discursividade, no qual o critério de certeza/ acerto da decisão seja o nível de legitimidade atribuído pelos afetados por aquele provimento final.

Poderia argumentar-se que a premissa de que a interpretação literal da norma conduz a equívocos em razão da carga de significados da própria linguagem seria resolvido pelo simples pré-convencionamento do significado dos termos em determinada situação normativa<sup>90</sup>.

Tal crítica em princípio é verdadeira. Desconsidera, contudo, alguns aspectos relevantes da premissa. Primeiro, o fato de que o significado dos termos jurídicos é modificado pelo pano de fundo fático-social sobre o qual ele atua. Segundo, inversamente em relação ao primeiro, o significado do pano de fundo fático-social também é alterado pelas normas jurídicas sobre ele incidentes. Terceiro e determinante aspecto: o responsável pela produção das normas, por ser eleito como é, guarda uma espécie de responsabilidade muito

---

90 Tal crítica parece se adequar àquele linha que sofre com o que Dworkin (2007) chamou de “agulhão semântico”. Um quarto argumento contra essa crítica seria a constatação feita pelo referido autor de que os advogados e juízes quando divergem em casos difíceis, frequentemente divergem a respeito de questões/ leituras morais, políticas e de fidelidade, e não quanto ao significado/ aplicação da lei.

relevante com atores não jurídicos/ não técnicos, devendo, mais que nunca mediar a influência recíproca entre pano de fundo e norma posta.

Daí podemos concluir que no atual estado de concretização democrática-institucional em que nos encontramos, a melhor saída é passar a discutir-se as normas – em especial as normas limítrofes – dentro da ideia de democracia discursiva, para que a legitimidade advinha do amplo debate, o que termina por simplificar, inclusive, a tarefa do legislador de dialogar diretamente com um público que não está inserido ou familiarizado com as especificidades do Direito.

É preciso então explicitar e discutir o modelo processual no qual toda essa discussão irá acontecer, já que, como visto, ele não é apenas o *locus* institucional do debate, mas também fator determinante na concretização do conteúdo jurídico do dispositivo em estudo.

### **6.3 Modelo Constitucional de Processo: instrumento de adequação**

A ideia de modelo constitucional de processo tem sido utilizada por alguns autores (BARROS, 2009; VIEIRA, 2009) com o intuito de desenvolver uma teoria efetivamente geral do processo, que parte da ideia fazzalariana, trazida a nós por Aroldo Plínio Gonçalves (2001), de que o processo seria um procedimento realizado em contraditório.

Esta construção é útil na elaboração de uma teoria geral do processo – que faça jus ao termo “geral” -, já que coloca o contraditório como parte de seu centro teórico, sendo possível e necessário de existir em qualquer espécie de processo (judicial, legislativo, administrativo), diversamente da jurisdição e da ação, institutos centrais no que hoje se costuma referir por Teoria Geral do Processo, mas que não são encontradas no processo legislativo ou no administrativo.

Tal construção é uma colaboração fundamental para o novo modelo de processo que se busca desenvolver, já que implica “uma base principiológica uníssona aplicável a todo e qualquer processo, já que todo processo é constitucional, seja em razão de sua fundamentação ou de sua estrutura, pois é garantia constitutiva dos direitos fundamentais dos sujeitos de direitos”. (BARROS, 2009, p.333).

Tal modelo de processo tem três características que, ao que nos parece, colaboram enormemente com a ideia de que as características do caso concreto são essenciais na

interpretação dos textos. São elas a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).

Estas características tratam essencialmente de possibilitar a especialização dos institutos processuais quando tal especialização for uma exigência das situações vividas, de modo que se permita a adequação e a inovação dos institutos processuais a fim de se conformar a contextos especiais.

Em suma, admite-se mesmo que o próprio processo – como espaço institucionalizado nos moldes informados pela Constituição – tenha maleabilidade para se conformar às exigências do caso concreto, garantindo, sempre, o respeito aos preceitos constitucionais que formam a base principiológica uníssona da teoria do processo, quais sejam, “o princípio do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e da participação de um terceiro imparcial”. (BARROS, 2009, p.334).

Ora, se se admite que o próprio espaço argumentativo seja modificado conforme necessidades específicas, ou mesmo que novos institutos sejam criados para garantir a possibilidade de ampla argumentação, não parece possível sustentar que um ponto específico do processo seja pré-definido antes mesmo do início do processo, desconsiderando, por reflexo, todas as suas eventuais peculiaridades.

No mesmo sentido, quando se concorda que um dos pilares da legitimidade das decisões tomadas num contexto jurídico é a sua aceitabilidade, e que o melhor meio para se chegar a ela é possibilitar aos envolvidos a ampla argumentação, não faria sentido aceitar-se que um específico texto normativo seja pinçado para fora desta lógica e paire sobre o espaço argumentativo como um campo de força, impedindo que o resultado de sua interpretação meramente literal seja questionado.

Daí se afirmar que

Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente. (...) a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. (HABERMAS, 2003, p.246).

Não seria coerente – em nosso entender – afirmar que “interpretação e aplicação são

coisas inseparáveis” (STRECK, 2005, p.527), e em seguida fazer uma ressalva específica quanto ao sistema de gestão de provas no processo penal, sob o argumento, por exemplo, de que o dispositivo do artigo 5º, LVI da Constituição implica na absoluta invalidade da prova ilícita, que deverá ser sempre rechaçada, vez que se trata de “consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo (notadamente em juízo penal)”. (BRASIL. STF. HC93.050-6, rel. Min. Celso de Mello).

Há basicamente dois problemas nesse posicionamento.

O primeiro é a incompatibilidade dessa interpretação literal típica do positivismo com o atual estado da arte da hermenêutica constitucional. Este, parece-nos, acabou de ser demonstrado. O segundo é o risco de um posicionamento desses num país cujo Judiciário tem se apropriado cada vez mais da ideia da força do precedente, oriunda do sistema do *Stare Decisis*.

Como visto anteriormente, o sistema dos precedentes tem a característica de garantir a estabilidade e a mutabilidade, possibilitando a evolução/ mudança de posicionamentos da Corte. Logo, o tribunal de cúpula do país afirmar, como na decisão referida que determinada situação “deve ser repudiada, e repudiada sempre” demonstra, no mínimo, despreparo para lidar num sistema nos moldes do *Stare Decisis*, já que nele não é admissível estabelecer uma posição qualquer “para sempre”.

Em outra linha de raciocínio, pensamos que se se concebe o processo como procedimento realizado em contraditório, entendendo o contraditório na amplitude que entendemos (e já explicitamos anteriormente), não seria coerente admitir que justamente o item central desta concepção teórica seja restringido.

A crítica imediata a tais colocações, nos parece, seria no sentido de que a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas é um corolário da ideia de processo visto como garantia do indivíduo. Tal crítica só será válida se não se parte da teoria do processo como procedimento em contraditório. Isto, pois dentro da ideia de processo com que trabalhamos, o ápice da garantia do indivíduo é garantir a possibilidade de argumentação plena dentro do processo, o que implica, inclusive, a possibilidade de argumentar a partir de provas obtidas por meio ilícito.

Contra essa colocação poder-se-ia opor o argumento de que nós estaríamos reduzindo a zero a força normativa do dispositivo constitucional que aqui estudamos.

Esta crítica também não procede. O que fazemos aqui é, a partir do referido texto da

Constituição, que é particularmente desafiador em razão do modo como foi redigido, afirmar que

Ao falarmos de interpretação jurídica, devemos falar em interpretação jurídico-concreta (factual). E, assim, na medida em que a hermenêutica é modo de ser, que emerge da faticidade e da existencialidade do intérprete a partir de sua condição (intersubjetiva) de ser-no-mundo, os textos jurídicos – no caso, a Constituição – não exsurtem em sua abstratividade, atemporal e a-histórica, alienado do mundo da vida. A Constituição é o resultado de sua interpretação, pois uma coisa (algo) só adquire sentido como coisa (algo) na medida em que é interpretada (compreendida ‘como’ algo). (STRECK, 2005, p. 528).

Neste momento é preciso então responder claramente qual nos parece ser neste momento histórico o conteúdo jurídico do inciso LVI do artigo 5º da Constituição, definindo se seria possível ou não a utilização de prova ilícita no processo penal, *pro* acusação. É o que faremos a seguir.

#### **6.4 A garantia da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no contexto da Teoria Discursiva: interpretação adequada à realidade brasileira**

A ideia de se usar provas obtidas por meio ilícito a favor da acusação – em sede processual penal -, causa, no mínimo, desconforto a qualquer pessoa que conheça o cenário de exceção para o qual nossa Constituição foi resposta. Tal desconforto decorre fundamentalmente das imagens e histórias que nos vêm à tona quando pensamos nos artifícios utilizados durante o regime militar brasileiro<sup>91</sup> para o combater aqueles que tinham ideias consideradas subversivas, ou simplesmente contrárias ao governo.

Todavia, como afirmamos, a partir de Streck (2005), a interpretação deve ser factual, ou, em outros termos, é preciso analisar o caso concreto sem (ou com o mínimo possível, e sendo esse mínimo exposto desde logo, afim de “nivelar” o *background* de compreensão de todos os envolvidos) pré-compreensões ou imagens pré-constituídas, a fim de que se possa construir um significado adequado ao caso concreto.

Um primeiro problema a ser enfrentado quando lidamos com o enunciado do artigo 5º,

---

91 Cf. GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo: Cia das Letras, 2002; MORAIS, Taís. *Sem Vestígios: revelações de um agente secreto da ditadura militar brasileira*. São Paulo: Geração Editorial, 2008.

LVI da Constituição brasileira, é mesmo o significado dos termos ali contidos, vejamos.

Determina o citado artigo que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”. Um aspecto que devemos desde já destacar é que, uma interpretação estritamente literal do texto, nos levaria não apenas à conclusão que chegou o Ministro Celso de Mello no HC 93.050, mas também à conclusão de que é possível o manejo de provas ilícitas, livremente, em âmbito pré-processual (por exemplo, em sede de inquérito policial), pois, do ponto de vista da literalidade do dispositivo, estaria fora da esfera de alcance daquela norma.

Tal constatação, apesar de não ser objeto direto deste trabalho, nos leva a um ponto que nos parece relevante. Falamos da interpretação dada pelo Supremo no HC que tem nos servido de base para análise. Ela é extremamente perigosa, pois abre espaço para uma interpretação simplista, que termina por diminuir as garantias do acusado, ou, no caso específico, do investigado.

Retomando a questão do significado dos termos do enunciado constitucional, deve-se destacar que o conceito de “processo” não é minimamente unânime, especialmente quando se passa a analisar o direito comparado. Também o conceito de “prova obtida por meio ilícito” também não é unânime. Tanto isso é verdade, que a redação dada ao artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro pela lei 11.690/08 traz conceito diverso do que encontrávamos na doutrina, que distinguia entre prova ilícita – “as que violam norma de direito material” (PACHECO, 2006, p.544) -, e prova ilegítima – “as que violam norma de direito processual” (PACHECO, 2006, p.544).

No tratamento dado até então, a prova ilegítima teria “seu regime jurídico resolvido pela teoria das nulidades” (PACHECO, 2006, p.545) processuais. Já as provas ilícitas poderiam, em razão de haver “situações reconhecidas pelo Direito como suficientes a afastar a ilicitude (...), ser validamente aproveitadas no processo penal” (PACELLI DE OLIVEIRA, 2006, p.319).

Na disciplina dada pela lei 11.690/08, contudo, este tratamento diferenciado deverá ser revisto, já que o conceito legal agora é único: “prova ilícita”.

O novo conceito de “prova ilícita vai bem mais além, pois tais provas podem desrespeitar tanto direitos como garantias constitucionais, como normas de direito material ou processual previstas em leis infraconstitucionais. (BARROS, 2009, p.35).

Àqueles que sugerem que a intenção do Legislativo ordinário foi boa, no sentido de trazer segurança a essa discussão, já que uma definição legal deveria reduzir as dúvidas surgidas na doutrina, é preciso lembrar que a ideia de segurança através da lei vem sendo tentada, no mínimo, desde o Código de Napoleão<sup>92</sup>, de 1804, e não se sustenta no atual estágio da hermenêutica jurídica, em que a concretização do significado só pode ocorrer no caso concreto<sup>93</sup>.

Além desta questão, há outra ainda mais grave. Supondo que, num determinado caso se conclua racionalmente que determinada prova é ilícita, parece cabível questionar se toda e qualquer prova considerada ilícita deve ser afastada do processo, ou se, caracterizada a ilicitude da prova diante das peculiaridades do caso, é preciso verificar se seu uso seria uma violação maior à Constituição do que os fatos do caso concreto<sup>94</sup>. Em termos mais simples, é preciso verificar se seu uso seria um mal maior<sup>95</sup> à Constituição e às garantias do acusado do que seu não uso.

Vale notar, que no Direito comparado essa espécie de consideração é recorrente. Por exemplo, no caso *Issacharov v. Chief Military Prosecutor*, a Suprema Corte de Israel decidiu que haveria três considerações a serem feitas pelo juiz no tocante à exclusão de provas ilicitamente obtidas do processo penal. A nós interessa a terceira delas, a qual “envolveria o balanceamento que as cortes devem realizar entre as vantagens e desvantagens sociais de se excluir tal evidência”<sup>96</sup>(BLUM, 2008, p.2138).

Tal ideia pode parecer descabida para os adeptos da tese legalista do “repudiada, e

92 Cf. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*.

93 Como resposta às correntes objetivistas ou subjetivistas, que propõem a busca pela vontade da lei ou pela vontade do legislador, é preciso estar atento para a seguinte advertência: “As marcas linguísticas constituem indicadores das intenções do autor, porém podem não coincidir exatamente com estas mesmas intenções ou porque ele as mascarou ou porque o texto permite leituras não previstas. Assim, nunca se pode saber *o que o autor quis realmente dizer*”. (FÁVERO, 2006, p.41).(*Grifos da autora*).

94 A abertura a argumentos não jurídicos pode ser criticada por correntes que buscam uma separação forte entre fundamentação e aplicação, todavia, nos parece acertada a observação de que “é um equívoco, (...) deduzir, da existência e necessidade de valorações, uma abertura indiscriminada para convicções morais subjetivas. Isso só ocorreria se não houvesse qualquer maneira de objetivar essas valorações. (...)...a objetivação de consensos se dá argumentativamente, segundo regras do discurso, tornando-os corretos ou verdadeiros porque racionalmente fundados. Sendo discursivamente racionais, são tornados universais”. (TOLEDO, 2008, p.19).

95 Tal questionamento já é recorrente no país, ainda que a partir de ponto de vista do qual discordamos: “Contudo, vai tomando corpo entre nós a aceitação da teoria da proporcionalidade, visando-se a evitar a aplicação muito rígida do inc. LVI do art. 5º quando a ofensa a determinada vedação constitucional é feita para proteção de valor maior também garantido pela Constituição”. (FERNANDES, 2002, p.86).

96 No original: “Finally, the third group of considerations involved the balancing that courts must conduct between the social advantages and disadvantages of excluding the evidence”, e continua, “the more severe the crime and the more central the evidence in securing a conviction, the less likely exclusion would be”. (BLUM, 2008, p.2138).

repudiada sempre”, porém, parece-nos relevante, e, temos que dizer, não é exatamente original. Ela - a ideia - chegou a nós em razão de uma discussão acerca da amplitude do pluralismo na democracia. Já abordamos este assunto em outro momento, mas, vale retomar. Vejamos:

Desde o momento em que se percebe a democracia pluralista como uma teoria cujos princípios ético-políticos são a liberdade e a igualdade de todos, podemos compreender o sério erro em que incorre o princípio liberal da neutralidade do Estado. Não há dúvida de que, com a finalidade de respeitar a liberdade individual e o pluralismo, um estado democrático liberal moderno não deveria tentar impor uma única concepção de bem comum em assuntos concernentes aos valores políticos, dado que, por definição, postula certos valores ético-políticos que constituem seus princípios de legitimidade. Longe de ser neutro, o Estado democrático liberal é a afirmação de valores específicos de liberdade e igualdade, que norteiam seu particular ordenamento simbólico das relações sociais, e por isso não pode aceitar o pluralismo, no que diz respeito aos princípios de legitimidade. Isto significa que aqueles que se opõem à liberdade e à igualdade e desejam restabelecer uma concepção totalitária e hierárquica da sociedade não podem nutrir esperanças de ver suas demandas legitimadas em nome do pluralismo. (MOUFFE, 1999, s/p).

Da afirmação de Chantal Mouffe de que aqueles que discordam dos princípios da democracia não podem esperar que seus argumentos sejam legitimados em nome do pluralismo, inferimos o questionamento sobre a necessidade de se verificar o que seria, no caso concreto, o mal maior, o uso ou o afastamento da prova ilicitamente obtida.

Isso nos parece necessário também em razão do fato de que, embora tal garantia seja um ponto central da ideia de modelo constitucional de processo, e seja um direito fundamental do acusado, não há direitos absolutos e, antes disso, o fato de que a Constituição brasileira não traz um ideal fechado de valores e finalidades.

Por óbvio, não iremos aqui especular com exemplos hipotéticos do que poderia ser considerado um mal maior à Constituição do que o uso de uma prova ilícita no processo penal, pois seria uma incoerência diante de nossa posição de que só é possível chegar a conclusões no caso concreto, quando se tem contato com todos os argumentos que nele são relevantes e devem ser tomados em conta na decisão. Usaremos, para exemplificar, um caso em que esta proposta parece correta, o caso julgado na Ação Penal 307-3 do Distrito Federal, perante o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do ministro Ilmar Galvão.

Este caso – “Caso Collor”, ou “Esquema Collor-PC” -, foi resolvido – no que diz respeito a seus dois principais acusados Fernando Collor e Paulo César Farias -, quando os

ministros aceitaram a preliminar suscitada pelos advogados de que duas provas determinantes no processo teriam sido ilicitamente obtidas.

Consoante o dispositivo:

Acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, em acolher a preliminar da defesa, para declarar inadmissível a prova consistente no laudo de degravação de conversa telefônica e no laudo de degravação de registro de memória de computador. (BRASIL. STF. AP307-3. Rel. Min. Ilmar Galvão. 1994).

O que importa para nossa linha argumentativa, contudo, é o fato de que, quando os ministros discutem nos autos sobre tal preliminar da defesa, não discutem sobre o fato que efetivamente ocorreu, nem sobre a relevância que aquela prova teria no caso.

Note, por exemplo, parte do voto do ministro Celso de Mello:

A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, **necessariamente**, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, **de modo peremptório**, a possibilidade de uso, em sede processual, de prova – **de qualquer prova** – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. (BRASIL. STF. AP307-3. Rel. Min. Ilmar Galvão. 1994).

Não se discutiu, por exemplo, a extensão do poder fiscalizador de quem produziu tais provas<sup>97</sup> (auditores da Receita Federal); não se discutiu<sup>98</sup>, também, se haveria algo apto a relativizar o princípio da inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas.

Em síntese, a interpretação literal do disposto no artigo 5º, incisos XII e LVI, foi imposta previamente à análise das informações contidas num inquérito de trinta e oito volumes e mil e oitenta e oito apensos, totalizando duzentas e sessenta e sete mil páginas (FIGUEIREDO, 2000, p.54), em que se relatava uma investigação realizada por diversas instituições<sup>99</sup>, cuja conclusão, entre outras, era o envolvimento de membros do primeiro

97 Vale ressaltar que: “Para os efeitos da legislação tributária, não tem aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los (art.195 CTN)”. (SOARES DE MELO, 2005, p.356). No mesmo sentido a súmula 493 do STF: “estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação”.

98 Vale ressaltar que para o responsável pelas investigações naquele momento, “os arquivos da Verax mostravam que Collor e PC haviam construído uma organização criminosa sofisticada, da qual pouco ou nada se conhecia”. (FIGUEIREDO, 2000, p.384).

99 Segundo o livro-reportagem de Lucas Figueiredo, a investigação foi iniciada pela Polícia italiana, sendo posteriormente comunicada às autoridades brasileiras em razão das conexões existentes, contando, também, com participação de autoridades da Suíça e dos EUA em determinados pontos.

escalão do governo central brasileiro com parte da máfia italiana. Ou seja, o horizonte histórico da informação foi deixado de lado.

Deve ficar claro que não estamos aqui afirmando que a possibilidade de discutir todos os itens envolvidos no caso, inclusive a vedação a provas ilicitamente obtidas, iria necessariamente levar a um resultado diverso. Estamos é afirmando que tal possibilidade seria mais condizente com ideias como ampla argumentação, e legitimidade através da discursividade, pois não faria nenhuma imposição *a priori* à discussão a ser travada no processo.

Superado este exemplo real, é preciso deixar patente que alguns fatos, aptos a tornar ilícitas as provas produzidas a partir deles, devem ser analisados, mas, podendo ter seu uso afastado por instrumentos menos radical que a norma do inciso LVI do artigo 5º da Constituição, por exemplo, a teoria dos atos administrativos inexistentes, que são os atos que caracterizam crimes propriamente ditos. Vamos abordar essa linha de modo objetivo.

No que diz respeito à classificação das possibilidades de invalidação do ato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que o ato administrativo que constitui crime é ato inexistente, passível de resistência *manu militari*. (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p.442). Exemplificando o que seria um ato puramente criminoso, Dirley da Cunha Júnior (2007, p.116) se refere ao ato de delegado de polícia que determina o espancamento de preso.

Ora, o exemplo, embora específico, pode ser ampliado, de modo que podemos concluir aqui que, seguindo a doutrina de Bandeira de Mello, o ato da autoridade pública que é criminoso – e tal constatação deverá ser endoprocessual – deverá ser absolutamente descartado do processo pelo fato de que se se tem o ato como inexistente. Não é possível falar em sua utilização/ efeitos, salvo para fins de responsabilização do agente público<sup>100</sup>. Em suma, o material probatório produzido de forma criminoso pelo poder público é, para essa teoria, inexistente, logo, não pode ser tomado em conta na decisão judicial.

Tal ideia nos parece benéfica de dois modos diversos, e, embora a concordância aqui não seja essencial para o desenvolvimento do trabalho, iremos fazer tal exposição com intuito estritamente argumentativo. Primeiro, ela aumenta a certeza quanto à natureza do ato questionado, vez que sua caracterização como ato criminoso deverá ocorrer dentro do

---

<sup>100</sup>Note que há uma aparente incoerência na teoria de Bandeira de Mello. Se o ato é inexistente, como utilizá-lo para responsabilizar o agente público? Parece-nos que se trata de terminologia questionável, cuja utilização se justifica apenas para dar-lhe conotação semântica mais forte do que o termo “nulidade”.

processo judicial, já que a constatação da prática de um crime depende, sempre, de se submeter o caso ao devido processo legal. Segundo – e mais pragmático -, ela permite que aqueles que repudiam uma revisão do princípio da exclusão possam refletir sobre o tema sem o peso de se admitir, por exemplo, o uso processual de prova obtida mediante tortura, ou qualquer outro modo que cause repulsa (de modo especial) a quem tem um passado recente por um Estado de exceção violento.

É preciso, por tudo que dissemos, abandonar pré-conceitos e imagens pré-concebidas a fim de ingressar num novo momento da hermenêutica constitucional.

Contra a ideia de a interpretação estar necessariamente vinculada ao caso concreto alguém poderia então sustentar que tal postura é indesejável, vez que reduziria a quase nada a força normativa da Constituição, pois possibilita ao aplicador-intérprete-interessado a possibilidade de manipular argumentativamente qualquer preceito constitucional.

Isso, todavia, não é verdade. E não é verdade pelo simples fato de que as partes do texto constitucional dedicadas aos fundamentos, aos objetivos e princípios da República, embora também devam ser interpretadas, não deixam de ser uma orientação quanto à direção para onde a atividade interpretativa deve caminhar. Assim, embora seja preciso concretizar em termos plurais, por exemplo, o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, há uma pré-compreensão comum que não pode ser abandonada ou descartada, e que funciona como guia àqueles que estejam eventualmente diante da necessidade de concretizar tal expressão num caso concreto.

Retomando a questão do significado dos termos no que diz respeito ao “processo”, embora já tenhamos nos referido a ele, cabe aqui um último comentário. A interpretação dada pelo Supremo, ou pelos adeptos da ponderação ou razoabilidade, nos parece compatível com a teoria do processo dominante, que, como nos mostra Nunes (2008, p.183-184), fala num “sadio protagonismo do juiz”, que “possuiria poderes para conferir novos contornos aos ditames da lei”, devendo se guiar inclusive pelos escopos metajurídicos do processo, como a pacificação social. (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2001, p.24).

Todavia, tanto uma quanto outra opção teórica nos parecem incompatíveis com a ideia do processo compreendido como procedimento em contraditório, já que aqui não se admite um protagonismo do juiz no sentido acima exposto. Aqui, o protagonismo é dos possíveis afetados pela decisão, que devem, portanto, contribuir argumentativamente para a tarefa do juiz. É a ideia de “comparticipação e policentrismo”, que não admite “que a aplicação

normativa fique ilhada na mente do julgador até o momento do provimento”. (NUNES, 2008, p.246).

Entendemos pois, que o paradigma da filosofia da linguagem impõe uma releitura das questões de interpretação jurídica, sendo necessário, no caso específico com que trabalhamos, deixar que a decisão quanto à caracterização do que seja prova ilícitamente obtida (e as consequências disso) ocorra dentro do processo, com a participação necessária de todos os envolvidos. De outra forma, resta prejudicada a legitimidade da decisão, reduzindo sua força, inclusive no que diz respeito a formação de precedentes.

Esta exigência de plena liberdade argumentativa parece-nos servir de modo crucial a um modelo penal garantista, de vez que garante que não haverá predominância de uma parte sobre a outra. Neste sentido a afirmação de Luigi Ferrajoli:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações. (FERRAJOLI, 2006, p.565).

Em síntese, a abertura hermenêutica propiciada pela mudança de paradigma filosófico transcende o direito processual, e afeta de modo particularmente salutar o modelo penal garantista, levando a ideia de argumentação para níveis impensáveis sob o paradigma filosófico que tem regido a interpretação e a argumentação jurídica.

Por todo o exposto, impõe-se a expansão da ideia de ampla argumentação, de modo a possibilitar que toda sorte de argumentos possa ser levada para o processo, por todos os envolvidos/ litigantes, permitindo a concretização dos significados pelo consenso dos interessados. Desta forma, sem uma prévia imposição de valores e concepções de vida boa, e permitindo que o *medium* da linguagem seja rediscutido durante a construção do provimento judicial, é possível chegar a uma resposta paradigmaticamente adequada, que se harmoniza com o deslocamento da força do Direito, da correção/ certeza da decisão para sua legitimidade. Legitimidade que se perfaz pela potencial compreensão de cada cidadão de que é co-autor do sistema jurídico.

## 7. Conclusão

A tarefa de trazer a prática da atividade jurídica para o estágio de desenvolvimento teórico em que se encontram ciências informadoras daquela prática, como a filosofia, não é fácil. Seja pela nossa rejeição ao que é desconhecido – característica dos seres humanos em geral -, seja pela tradição de formação dogmática daqueles que atuam no mundo do Direito, uma série de entraves se apresentam à tentativa de rever nossos pré-conceitos profissionais.

Tais características somadas ao nosso apego à ideia da certeza através da legalidade, personificada em um Supremo Tribunal que cada vez mais chama para si – e tão-somente para si – a responsabilidade de dar a última palavra nas questões (difíceis) do Direito, mostram-nos um quadro pouco animador àqueles que resolvem se dedicar a tal tarefa.

Além deste quadro pouco animador que é pintado dentro do mundo do Direito, as implicações decorrentes de algumas mudanças propostas atingem outros ramos do conhecimento, sendo, por isso, repudiadas inclusive por profissionais de outras áreas do conhecimento – no nosso caso específico, aqueles que lidam mais diretamente com a segurança pública, como sociólogos e antropólogos.

Pode-se observar, todavia, que apesar deste estado de coisas, há uma consciência crescente de que a ideia da legitimidade oriunda da legalidade não mais se sustenta, sendo preciso que um novo marco passe a reger a visão dos profissionais do Direito acerca das questões de interpretação.

Por outro lado, observamos que há desenvolvimentos na teoria do processo que buscam trazer o Direito para o paradigma filosófico pós giro linguístico, fazendo exigências no terreno da legitimidade das decisões aptas a forçar uma nova compreensão da hermenêutica jurídica em geral.

Tentamos essencialmente discutir os caminhos que devemos tomar na interpretação do Direito, diante do pano de fundo social sobre o qual a ideia central deste trabalho se dá, ou seja, diante das implicações da releitura da vedação às provas obtidas por meio ilícito na esfera da segurança pública.

Partindo da teoria do processo e da filosofia da linguagem, tentamos mostrar que só é possível estabelecer o conteúdo jurídico de um texto normativo, seja ele qual for, na análise de um caso concreto. Isso é assim, porque a compreensão não está fora do intérprete. Ao

contrário, quando o intérprete chega à conclusão sobre o significado/ conteúdo jurídico de um preceito qualquer, aquela concepção passa a fazer parte do seu horizonte histórico, que afeta o modo como ele compreende as questões que se lhes apresentem posteriormente.

A interpretação, portanto, é o momento em que se ultrapassa o *médium* da linguagem, de modo que o intérprete e o significado da coisa interpretada passam a ter um ponto em comum, ponto em que o intérprete foi modificado pelas características/ demandas do texto interpretado, e em que o texto interpretado é concretizado, passando a carregar uma parte do *background* histórico do intérprete.

O objetivo deste trabalho foi produzir uma releitura do problema do uso das provas obtidas por meio ilícito no processo penal brasileiro e discutir até que ponto uma argumentação baseada em tais provas pode propiciar o ideal de legitimidade de uma democracia forte (consolidada), valendo-nos, para tanto, de premissas teóricas diversas daquelas tradicionalmente adotadas pela doutrina processual dominante (Filosofia calcada na relação sujeito-objeto).

No intuito de construir uma argumentação juridicamente sustentável, deslocamos o foco do problema da interpretação normativa do dispositivo legal em tela para a questão da legitimidade do Direito. Para sustentar tal estratégia, iniciamos o trabalho demonstrando que na construção da teoria da democracia, a questão da legitimidade sempre ocupou um plano relevante, talvez o mais relevante de todos, não podendo ser deixada em segundo plano quando se trata de questão tão relevante para um ambiente democrático quanto seu sistema de persecução penal.

Assim, analisamos, ainda que em breves linhas, a busca pela legitimidade em momentos particularmente relevantes para a Teoria da Democracia, como os primórdios da democracia grega e o ressurgimento da democracia com as revoluções do século XVIII.

Em seguida, após explicitarmos o papel do Constitucionalismo na efetivação da democracia contemporânea, partimos para a discussão da ideia do uso da constituição como um filtro argumentativo, que age de modo a compatibilizar e nivelar os argumentos envolvidos em qualquer discussão, a fim de que a discussão não extrapole os limites paradigmáticos do Estado Democrático de Direito. É preciso reiterar sempre que não há um conflito entre “Constitucionalismo” e “democracia”, pelo contrário, há uma complementariedade, capaz de promover o desenvolvimento simultâneo de ambos, de forma que o desenvolvimento de uma Teoria Discursiva da Democracia não implique uma total

relativização de referências, nem chegue ao ponto em que o direito de debater se apresente como superior ao próprio debate.

Tais riscos dão seus primeiros sinais, e não podem ser tolerados. O modelo criado pelo Constitucionalismo tem virtudes que devem ser preservadas, dentre elas aquela de garantir e promover a maximização do debate tendo como limite o argumento que negue a própria democracia.

O capítulo seguinte foi dedicado à reconstrução histórico-jurisprudencial do Princípio da Exclusão, ou, da vedação as provas ilícitas no processo penal, que se deu pela efetivação, já no século XX, de dispositivo da Constituição norte-americana, inserido ainda no século XIX por meio do grupo de emendas que foi chamado *Bill of Rights*. Mostrou-se que tal construção foi resultante de mudanças de paradigmas e de um sistema processual que se preocupa em garantir estabilidade e abertura, de modo a garantir segurança jurídica e possibilidade de evolução do próprio sistema. Um aspecto deve ser aqui novamente destacado: a construção de uma teoria efetivamente geral do processo é o modo de se traduzir os avanços possibilitados pela Filosofia da Linguagem para dentro do Direito. Será esta teoria do processo que garantirá a ampla discussão que o novo pressuposto filosófico exige, e concomitantemente mostrará quais as limitações típicas do sistema jurídico terão que ser preservadas.

Percorremos, ainda, o caminho pelo qual o Supremo Tribunal Federal trouxe o referido princípio para o direito pátrio, referindo-se, ainda que para fins meramente argumentativos, às decisões chave da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Em posterior capítulo passamos a tratar da construção da vedação do uso das provas ditas ilícitas por derivação, nos valendo, para tanto, de construções jurisprudenciais tanto do STF quanto da Suprema Corte, buscando mostrar, inclusive, que a atual aproximação que tem ocorrido via legislação e prática dos tribunais do sistema processual norte-americano se mostra problemática por uma série de razões, e que a consequência desta importação atécnica tem sido a incoerência do sistema e a perda de segurança jurídica. Mostramos inclusive que, do modo como tal importação tem sido feita, perde-se no caminho o aspecto mais relevante daquele sistema, que é o modo específico pelo qual as decisões são construídas pelos envolvidos, garantindo a aceitabilidade/ legitimidade da decisão.

Por fim, propusemos no último capítulo que é possível, se se valer das exigências feitas pelo paradigma da filosofia da linguagem, mais adequada ao atual estado da Teoria da

Democracia, reler o disposto no artigo 5º, LVI da Constituição brasileira, rompendo com os cânones de interpretação positivistas para permitir a argumentação a partir de qualquer dado levado ao processo, sem, contudo, enfraquecer o ideal de legitimidade, mas, pelo contrário, concretizando – no sentido de dar mais solidez – o ideal de ampla participação e pluralismo que permeia, e deve sempre fazê-lo, a ideia de democracia.

Desta feita, concluímos que o rompimento com as técnicas de interpretação positivistas na seara penal é desejável, já que olhar o problema dado com novos olhos nos pareceu o mais adequado modo de, por meio do estudo de um específico problema do sistema de persecução penal, atingir o fim que deve ser sempre o principal de todo aquele que se põe a fazer pesquisa jurídica nestes tempos – tempos de comemoração da estabilidade constitucional -, qual seja, contribuir para a concretização do Estado Democrático de Direito.

## 8. Referências:

ADEODATO, João Maurício Leitão. **O Problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ANDRADE, Sônia Maria Viegas. **A Cidade Grega**. Rev. Kriterion. UFMG. Belo Horizonte, 71: p.20-44. 1978.

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Shild Silva. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **O pedido no sistema da Common Law e o princípio da adstrição**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1067, 3 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8436>>. Acesso em: 25 maio 2008.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionale della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. Cap. I. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ATKINS, Raymond A; RUBIN, Paul H. Effects of criminal procedure on crime rates: mapping out the consequences of the exclusionary rule. **Journal of Law & Economics**, Apr2003, Vol. 46 Issue 1, p157-179, 23p.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BACZKO, Bronislaw. **Luzes e Democracia**. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (org). **A Democracia**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

BAILYN, Bernard. **Duas Revoluções**. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (org). **A Democracia**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **A Nova Hermenêutica na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **O Paradigma do Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo**. Rev. Virtua Jus. Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, 3 (1): jul. 2004.

BARROS, Flaviane Magalhães; CARVALHO, Marius Fernando C.; GUIMARÃES, Natália Chernicharo. **O Princípio da Ampla Defesa – uma reconstrução a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito**. in: Anais do / XIV Congresso Nacional do CONPEDI. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In: BARROSO, Luís Roberto. (org). **A Nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLUM, Binyamin. Doctrine without borders: The “new” israeli exclusionary rule and the dangers of legal transplantation. **Stanford Law Review**, 2008, vol.60, p.2131-2172.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do Direito**. Trad. Marco Pugliesi; Edson Bini; Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOURETZ, Pierre. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (org). **A Democracia**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

BRASIL. STF. **AP 307-3** Distrito Federal. Rel. Min. Ilmar Galvão. 13.12.1994.

BRASIL. STF. **HC 69.209-5** São Paulo. Rel. Min. Marco Aurélio. 31.03.1992.

BRASIL. STF. **HC 69.912-0** Rio Grande do Sul. Rel. para o acórdão. Min. Carlos Velloso. 30.06.1993.

BRASIL. STF. **HC-segundo 69.912-0**. Rio Grande do Sul. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 16.12.1993.

BRASIL. STF. **HC 71.195-2**. São Paulo. Rel. Min. Francisco Rezek. 04.08.1995

BRASIL. STF. **HC 89.032-6** São Paulo. Rel. Min. Menezes Direito.

BRASIL. STF. **HC 89.429-1**. Rondônia. Rel. Min. Cármen Lúcia. 22.08.2006

BRASIL. STF. **HC 93.050**. Rio de Janeiro. Rel. Min. Celso de Mello. 10.06.2008.

BRASIL. STF. **HC 93.250-9**. Mato Grosso do Sul. Rel. Min. Ellen Gracie. 10.06.2008.

BRASIL. STF. **MS 23.452**. Rio de Janeiro. Rel. Min. Celso de Mello. 16.09.1999.

BRASIL. STF. **RE 14.136**. Pará. Rel. Min. Aníbal Freire. 06.06.1950

BRASIL. STF. **RHC 54.465-8**. São Paulo. Rel. Min. Cordeiro Guerra. 05.09.1978

BRASIL. STF. **RMS 1938**. Rel. Min. Nelson Hungria. 06.04.1953

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao Estudo do Direito**. 3ªed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Editora Renovar, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Ragel. **Teoria Geral do Processo**. 17ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

COLE, Charles D. Precedente judicial: a experiência americana. **Revista de Processo**, São Paulo, v.23, n.92, p.71-86, out. 1998.

COLE, Charles D. *Stare Decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedentes vinculantes do common law. Tradução: Maria Cristina Zucchi. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.87, n.752, p.11-21, jun. 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. **Introdução à edição portuguesa**. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A Contribuição da Constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro. In: CATTONI DE OLIVEIRA; Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e Princípios: por uma distinção normoteórica. **Revista da UFPR**, Vol.45, p. 37-43. 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 6ªed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2007.

DARNTON, Robert; DUHAMEL, Oliver. **A Democracia. Introdução.** Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DARNTON, Robert. **Os Dentes Falsos de George Washington.** Trad. José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

DERRIDA, Jacques. **Pensar a Desconstrução.** Trad. Evandro Nascimento. São Paulo: Estação da Liberdade, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 11<sup>o</sup>ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DRESSLER, Joshua. **Understand Criminal Procedure.** 2<sup>nd</sup> ed. San Francisco, CA: Matthew Bender, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Direitos Fundamentais: a democracia e os direitos do homem.** In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (org). **A Democracia.** Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FÁVERO, Leonor Lopes. **Coesão e coerência textuais.** (Série Princípios – 206). São Paulo: Ática, 2006

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno.** Trad. Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** Trad. Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes, et al. 2<sup>o</sup>ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 3<sup>o</sup>ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Lucas. **Morcegos Negros: PC Farias, Collor, máfias e a história que o Brasil não conheceu.** Rio de Janeiro; São Paulo: Editora Record, 2000.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico.** 5<sup>o</sup>ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

FORDHAM, Margaret. Comparative Legal Traditions – Introducing the Common Law to Civil Lawyers in Asia. **Asian Journal of Comparative Law.** Volume 1, Issue 1 2006.

FORST, Rainer. **Jürgen Habermas: Faticidade e Validade**. In: FRANKENBERG, Günther; MOREIRA, Luiz. (Orgs.) **Jürgen Habermas, 80 anos: Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. v. I. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ªed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Derrotada. O sacerdote e o feiticeiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade**. São Paulo: Editora UNESP: 1991.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo**. Disponível em <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)> ,

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABÈRLE, Peter. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. Cadernos da Escola do Legislativo de Minas Gerais. Belo Horizonte, 3 (3): p.105-122, jan./jul., 1995. Disponível em [www.almg.gov.br](http://www.almg.gov.br).

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade I**. 2ªed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade II**. 2ªed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HARTOG, François. **Os Antigos**. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (org). **A Democracia**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Being and Time**. Trad. John Macquarrie/ Edward Robinson. Oxford-UK: Blackwell Publishers Ltd., 2001.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIGONNET, Patrice. **O Advento da Modernidade: 1789**. In: DARNTON, Robert;

DUHAMEL, Olivier (org). **A Democracia**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**. Trad. Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002.

ISRAEL, Jerold H. LaFAVE, Wayne R. **Criminal Procedure: Constitutional Limitations**. 5ªed. Saint Paul, MN: West Publishing CO, 1993.

JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. Cap. III. São Paulo: Editora Cultrix, 1976.

JACKSON, Heather A. Arizona v. Evans: Expanding Exclusionary Rule Exceptions And Contracting Fourth Amendment Protection. **Journal of Criminal Law & Criminology**, Summer96, Vol. 86 Issue 4, p1201, 27p. 1995.

JAKOBS, Günther. **Dogmática de Derecho Penal Y La Configuración Normativa de La Sociedad**. Madrir: Civitas Ediciones, 2004.

JUDT, Tony. **Pós-Guerra: Uma história da Europa desde 1945**. Trad. José Roberto O´Shea. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

KELLEY, Thomas A. Exporting Western Law to the Developing World: The Troubling Case of Niger. **Global Jurist: Frontiers**. Volume 7, Issue 3 2007.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Ivone Castilho Benedetti, et al. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRAUT, Stephan. **O Princípio da Maioria**. Cadernos da Escola do Legislativo de Minas Gerais. Belo Horizonte, 9: p.89-140, jul./dez., 1999.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira; Nelson Boeira. 9ªed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LaFAVE, Wayne R. ISRAEL, Jerold H. **Criminal Procedure**. 2ªed. Saint Paul, MN: West Publishing CO, 1992.

MA, Yue. **Comparative analysis of the exclusionary rules in the United States, England, France, Germany and Italy**. Policing: An International Journal of Police Strategies & Management. Vol. 22, No 3. New York: MCB University Press, 1999.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Dimensões do Direito Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. cap. III.

MacINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude**. Bauru, SP: EDUSC, 2001.

MALTZ, Earl. The Nature of the Precedent. *In: North Carolina Law Review*, vol. 66, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARRAMAIO, Giacomo. Passado e futuro dos direitos humanos: da "ordem pós-hobbesiana" ao cosmopolitismo da diferença. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.11, n.21, p.163-175, jan. 2008.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Dos casos difíceis e dos casos fáceis ou de como os juízes praticam sua arte. In: **XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito** - CONPEDI, 2006, Fortaleza - CE. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - 8587995650. Florianópolis - SC : Fundação Boitex, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedente e Vinculação: instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, RJ, Renovar, n.241, p.177-208, jul./set. 2005.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 6ªed. São Paulo: Dialética, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista Forense**, v.337. p.125-134.1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e Processo. **Revista Brasileira de Direito Comparado**.v.24. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, p.41-56. 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas Sobre Alguns Aspectos do Processo (Civil e Penal) nos Países Anglo-saxônicos. **Revista de Processo**, São Paulo, v.23, n.92, p.87-92, out. 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. **Revista de Processo**, São Paulo, v.26, n.103, p.95-107, jul./set. 2001.

MOUFFE, Chantal. Pluralismo Artístico e Democracia Radical. **Cardeno da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, 5 (9): 75-87, jul./dez. 1999.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma difícil relação**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil**. 2007. 217f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3ªed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Argumentação Jurídica e Decisionismo**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido Processo Legislativo**. 2ªed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e jurisdição na constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre , n.6, p.347-366, jan. 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A súmula vinculante n.4 do STF e o “desvio” hermenêutico do TST. 2008. In: **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Coord. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

PACHECO, Denilson Feitosa. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 4ªed. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

POCOCK, J.G.A. **Virtude e Republicanismo da Antiguidade ao Renascimento: Cidadania e Liberdade: os valores políticos dos antigos e a democracia moderna**. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (org). **A Democracia**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

RAMOS, Saulo. **Código da Vida**. 2ªed. 15ª reimpressão. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

RE, Edward D. *Stare Decisis*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**, n.73, p.47-54, jan./mar. 1994.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. v.3. 2ªed. São Paulo: PAULUS, 1991.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Constitucionalismo Contemporâneo e a Instrumentalização para a eficácia dos Direitos Humanos. **Revista CEJ**, 3, s/p, dez., 1997. Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/sumario.htm>>, acessado em 03/05/2009.

ROLIM, Marcos. **A Síndrome da Rainha Vermelha**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Crítica à Hermenêutica do Conforto: a súmula (vinculante) como se imagem fosse**. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; *et al.* **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para um Processo Penal Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008b.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.94.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Adeus aos Métodos? Hermenêutica, pragmática e argumentação constitucional**. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. **Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17<sup>o</sup>ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7<sup>o</sup>ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007

SOARES, Luiz Eduardo; BILL, MV; ATHAYDE, Celso. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Ontem os Códigos; hoje as constituições: o papel da hermenêutica**

**na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo.** In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. **Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre , n.3 , p. 83-128, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** 2ªed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

TARUFFO, Michele. Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR.** Vol. 36, p.27-48, .2001

TOLEDO, Cláudia. *Introdução à Edição brasileira.* In: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racoinal como teoria da fundamentação jurídica.** Trad. Zilda Hutchinson Shild Silva. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

U.S. Supreme Court. “**Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States**”, 251 US 385 (1920).

U.S. Supreme Court “**Wong Sun v. United States**”. 371 U.S. 471 (1963).

U.S. Supreme Court. “**Segura v. United States**”, 468 U.S. 796 (1984).

U.S. Supreme Court. “**Nix v. Williams**”, 467 U.S. 431 (1984).

U.S. Supreme Court. “**Murray v. United States**”, 487 U.S. 533 (1988).

WOOD, Gordon S. **O Pensamento Político na Época da Revolução Americana.** In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (org). **A Democracia.** Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da Reincidência Criminal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.